

De rol van de rechter bij bewijsafspraken tussen partijen

Prof. Dr. Benoit Allemeersch

Instituut voor Gerechtelijk Recht, KU Leuven

Wannes Vandenbussche

Aspirant FWO-Vlaanderen, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

TITEL I. INLEIDING

1. Situering - Traditioneel omschrijft men ‘bewijzen’ als het aannemelijk maken van het bestaan en desgevallend van de inhoud van bepaalde feiten of handelingen op de wijze bepaald door de wet.¹ Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer wordt er aangenomen dat die wettelijke bepalingen, behoudens enkele uitzonderingen, niet van dwingend recht of openbare orde zijn.² Partijen kunnen dus in onderlinge overeenstemming van het klassieke bewijsrecht afwijken. Ze doen dat onder andere wanneer ze twijfel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijk bewijsvoorschrift willen uitsluiten³, een bepaald bewijselement willen bevoordelen, het toepasselijk bewijsregime willen verstrengen of versoepelen of onzekerheid over de aanwending van moderne communicatiemiddelen en digitale gegevens als bewijs in rechte willen vermijden.⁴

Deze bijdrage gaat in op bewijsovereenkomsten en -clausules, die partijen toelaten om één of meer aspecten van hun bewijsregime te regelen met het oog op de beslechting van een

¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 152.

² Rechtspraak: Cass. 30 januari 1947, *Pas.* 1947, I, 29; Cass. 30 september 1948, *Pas.* 1948, I, 520; Cass. 20 juni 1957, *Pas.* 1957, I, 1256; Cass. 16 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 22 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 695; Cass. 24 juni 1994, *Pas.* 1994, I, 651, RW 1994-95, 1036; Cass. 11 maart 2002, *Pas.* 2002, I, 697; RW 2002-03, 1219; Cass. 12 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1785. Rechtsleer: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 467; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 118; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 67; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 119; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 662-663; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2320-2321.

³ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 79.

⁴ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 129; D. MOUGENOT, "Droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives" in X. (ed.), *Droit de la preuve*, Luik, Formation Permanente C.U.P., 1997, (45) 94.

eventuele toekomstige procedure, maar nog voor er effectief sprake is van een geschil.⁵ Bewijsclausules zijn zo goed als standaard in de algemene voorwaarden van banken, verzekeringsmaatschappijen en openbare nutsbedrijven, maar komen ook voor in talrijke andere overeenkomsten.⁶

2. Onderzoekopzet - Hierna wordt het thema van de bewijsovereenkomsten niet *an sich* bestudeerd, maar wel binnen het ruimere kader van de zoektocht naar een evenwicht tussen de rol van de partijen en die van de rechter. De hoofdonderzoeksvraag is: “*Waaruit bestaat en hoe wijzigt de rol van de rechter wanneer partijen onderling overeenstemming hebben bereikt over bepaalde elementen van de bewijsvoering?*”⁷ Omwille van het feit dat de partijen contractuele afspraken inzake bewijs hebben gemaakt, bevindt het onderzoek zich nog meer dan de andere bewijsrechtelijke leerstukken op het kruispunt tussen het materieel recht (privaatrecht) en het formeel recht (procesrecht).

In een eerste deel wordt er op een meer algemeen niveau ingegaan op het spanningsveld tussen de rol van de rechter en die van de partijen en de algemene beginselen die daarbij van belang zijn (titel II). Aansluitend wordt er een overzicht gegeven van de verschillende categorieën van bewijsovereenkomsten en –clausules (titel III). Daarna wordt er in het kernonderdeel van de bijdrage nagegaan wat de impact van die contractuele afspraken is op de rol van de rechter (titel IV), alvorens in het laatste deel een besluit te formuleren (titel V).

TITEL II. SPANNINGSVELD TUSSEN PARTIJEN EN RECHTER

3. Gemeen bewijsrecht – De taakverdeling tussen rechter en partijen is in de eerste plaats een probleem van het burgerlijk procesrecht. In het burgerlijk procesrecht, dat traditioneel de accusatoire procedure wordt genoemd⁸, bepalen de partijen in principe zelf de grenzen van hun geschil.⁹ Waar men vroeger als uitgangspunt nam dat procespartijen het volledige meesterschap hadden over het geding en dat de rechter een passieve rol speelde, heerst nu de opvatting dat de vrijheid van de partijen niet meer zo absoluut is en dat de rechter

⁵ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 497; G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 575.

⁶ Bijvoorbeeld een cao, die bepaalt dat partijen overeenkomen een dagelijks prestatieblad op te stellen dat enkel en alleen rechtsgeldig is voor de berekening van het loon, kan een bewijsovereenkomst uitmaken (Arbrb. Antwerpen 3 juni 1988, *RW* 1988-1989, 305, noot M. RIGEAUX en P. HUMBLET).

⁷ Het onderzoek gebeurde op basis van een rechtspraakanalyse (zowel van het Hof van Cassatie als van de lagere rechtbanken vanaf 1948) en een literatuurstudie (via de gekende digitale databanken). Daarnaast werden de algemene voorwaarden van de vijf grootste Belgische banken, verzekeringsmaatschappijen en nutsbedrijven doorzocht. Ten slotte werd er sporadisch aan rechtsvergelijking met Nederlands en Frans recht gedaan.

⁸ Voor kritiek op deze term, zie B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 9-11.

⁹ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 535 en J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 42.

dienaangaande actief kan optreden.¹⁰ Er kan zelfs verdedigd worden dat “*de partijautonomie verworpen is tot een opmerking in de marge*”.¹¹ Ook al bepalen de partijen de omvang van hun geschil, het is de rechter die het geding zijn definitieve vorm geeft, het ‘detailleert’ en bepaalt over welke informatie hij daartoe moet beschikken.¹²

4. Bewijsovereenkomsten - Op het vlak van bewijsovereenkomsten en -clausules liggen de kaarten anders. Hier komen we op het terrein van de contractsvrijheid en de wilsautonomie, dat op zijn beurt een fundamenteel principe van het privaatrecht is (afdeling 1). Daarnaast ondergaat de rol van de rechter, die in de hedendaagse procestheorie als “actief” wordt beschouwd, ook enkele wijzigingen. Over het algemeen gaat men er van uit dat de rechter in een normale bewijsprocedure niet alleen een *evaluerende*, maar ook een *toezichthoudende* en *aanvullende* functie heeft.¹³ Bewijsovereenkomsten lijken vooral een invloed te hebben op die eerste twee taken van de rechter (afdeling 2).

Anders is het met procedureakkoorden die wel een impact hebben op de aanvullende functie. Het verschil ligt in het feit dat bewijsovereenkomsten en -clausules tot stand komen nog voor er effectief sprake is van een geschil, terwijl procedureakkoorden in de procedurele context worden afgesloten wanneer partijen vertegenwoordigd zijn door hun advocaat. Procedureakkoorden worden meegedeeld aan de rechter met de bedoeling datgene wat partijen zijn overeengekomen aan de rechter “op te dringen” (cf. *infra* nr. 13).

Afdeling 1. De rol van de partijen

§1. De autonomie van procespartijen

5. Principe – De ‘autonomie van de procespartijen’ vormt het eerste leidend beginsel dat bij de bewijsvoering de rol van de partijen kenmerkt. Dat beginsel wordt vaak in één zelfde adem genoemd met het beschikkingsbeginsel.¹⁴ De reden daarvoor is dat het Hof van Cassatie ervoor geopteerd heeft om alles wat te maken heeft met de houding van de rechter ten opzichte van de inhoud van een betwisting onder te brengen bij het beschikkingsbeginsel, dat

¹⁰ Verslag Van Reepinghen, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 211. Zie ook A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 352; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 78; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 660.

¹¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 469.

¹² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 469, daarbij ook verwijzend naar O.A.C. VERPAALLEN, “Bewijsaanbod in de civiele procedure (II)”, *WPNR* 1989, (373) 378.

¹³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 469-470; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29.

¹⁴ B. ALLEMEERSCH, “De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen” in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2006, (1) 1; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 535; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 21; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 150.

op die manier zowel de macht van de partijen als de volledige taakverdeling tussen de rechter en de partijen met betrekking tot de inhoud van een geschil beheerst.¹⁵

6. Beschikkingsbeginsel versus partijautonomie – Toch kan er een subtiel onderscheid worden gemaakt tussen beide. Strikt genomen is het beschikkingsbeginsel het algemeen rechtsbeginsel dat aangeeft in hoeverre de rechter gebonden is door de processuele positie die de partijen innemen.¹⁶ Het vindt zijn wettelijke grondslag in art. 1138, 2° Ger.W., dat bepaalt dat er geen uitspraak kan worden gedaan over niet-gevorderde zaken en dat er niet meer mag worden toegekend dan wat er gevraagd is. Het zijn dus de partijen en niet de rechter die over hun recht “beschikken”.¹⁷ De rechter kan maar oordelen over de verhouding tussen de partijen in de mate waarin die verhouding doorheen de middelen van de partijen naar boven komt.¹⁸ Aldus kunnen partijen steeds beletten dat voor een bepaald feit bewijs wordt verzameld, door het te erkennen of door het gezamenlijk niet aan te voeren. In dat geval mag de rechter geenszins zelf het geschil proberen uit te breiden door aan de hand van een onderzoeksmaatregel op zoek te gaan naar de erkende of niet-aangevoerde feiten.¹⁹

Het beginsel van de partijautonomie is in zekere zin het spiegelbeeld van het beschikkingsbeginsel. Dat beginsel gaat voornamelijk over de relatie tussen de procespartijen onderling ten aanzien van de rechter, in die zin dat de eiser en verweerder zelf over en weer de contouren van hun geding uittekenen en bepalen welke feiten zij in dat verband signaleren.²⁰ Procespartijen hebben immers niet alleen het recht om autonoom de grenzen van het geschil vast te stellen, zij dragen er ook de ‘last’ van. Elke partij moet de feiten aanvoeren die voor haar eis of verweer van belang zijn, opdat die feiten de toepassing van de ingeroepen norm mogelijk maken.²¹

7. Relevantie – De bijzondere relevantie van de autonomie van de procespartijen voor de bewijsprocedure (al dan niet in toepassing van een bewijsovereenkomst) ligt in het feit dat partijen de feiten identificeren die ten grondslag liggen aan hun vordering. Die keuze van die

¹⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 178.

¹⁶ P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 108; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 151.

¹⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 78.

¹⁸ M.E. STORME, "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 2; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 492.

¹⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425 ; K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2011, 314.

²⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 179; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 535; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 42; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 2; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)", *P&B* 2010, (3) 6; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 44.

²¹ S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, (1003) 1007.

feiten moet de rechter respecteren.²² Daarnaast hebben de partijen een grote invloed op de wijze waarop die feiten worden bewezen. Het arrest van het Hof van Cassatie van 11 september 2008 is daar een duidelijke illustratie van. *In casu* oordeelt het Hof dat wanneer een betwisting betrekking heeft op het bewijs van een feit en de eiser daarvoor een bepaald bewijselement voorlegt, de rechter zich mag beperken tot het beslechten van de betwisting aan de hand van de rechtsregels die op dat bewijselement van toepassing zijn. De rechter moet niet zomaar nagaan of een ander bewijselement dat de eiser niet heeft gehanteerd, het door hem aangevoerde feit zou kunnen bewijzen.²³

§2. De wilsautonomie van contractspartijen

8. Vrije beschikking over bewijs – Inzake bewijsovereenkomsten bestaat er een tweede fundamenteel beginsel dat kenmerkend is voor de rol van de partijen, namelijk het principe van de wilsautonomie.²⁴ Dat principe valt klassiek uiteen in drie facetten, namelijk de contractvrijheid, de bindende kracht van de overeenkomst en het consensualisme.²⁵ Het houdt in dat partijen vrij beslissen om al dan niet te contracteren en daarenboven ook nog de inhoud van hun overeenkomsten vrij kunnen bepalen. Eens zij wilsovereenstemming hebben bereikt, volstaat in beginsel de loutere consensus om tussen hen de beoogde rechtsgevolgen teweeg te brengen.²⁶

Aangezien partijen de vrijheid hebben om elke denkbare overeenkomst te sluiten, om nieuwe contractuele vormvereisten overeen te komen, om in onderlinge overeenstemming het contract te beëindigen, vindt men dat ze ook de mogelijkheid moeten krijgen om contractuele afspraken te maken over de bewijsvoering.²⁷ De achterliggende idee is dus dat het aanvaarden van conventionele bewijsregelingen een logisch gevolg is van het feit dat partijen inzake vermogensrechten vrij overeenkomsten mogen sluiten.²⁸ Partijen moeten kunnen beschikken over hun bewijs zoals over hun subjectieve rechten.²⁹

²² P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 297.

²³ Cass. 11 september 2008, *Pas.* 2008, 1902. Zie ook B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 68.

²⁴ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 111; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71.

²⁵ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 34; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71; P. VAN OMMESELAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 167; P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 124.

²⁶ S. STIJNS en S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht" in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY, *et al.* (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 1; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 37; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71.

²⁷ P. VAN OMMESELAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 168 en 173.

²⁸ H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 163.

²⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 340.

Afdeling 2. De rol van de rechter

§1. De actieve rol in de bewijsprocedure

9. Principe – Hoewel bepaalde auteurs menen dat de rechter over het algemeen slechts een beperkte taak heeft bij de bewijsvoering³⁰, lijkt de doctrine het er toch over eens dat de zogenaamde lijdelijkheid van de rechter in het burgerlijk procesrecht tot het verleden behoort.³¹ Er heeft zich een evolutie voorgedaan naar een meer actieve rechter, die zich veruitwendigd heeft door de invoering van het Gerechtelijk Wetboek.³² Die actieve rechter kan ook vergeleken worden met “een procedurele manager” die ingrijpt in het procesgebeuren, zowel op het vlak van bewijs als bij de invulling van het juridische beoordelingskader.³³ Een uitdrukking die de huidige situatie op correcte wijze weergeeft, is “*Le différend est affaire des parties, le litige est affaire du juge*”.³⁴

De reden voor die actievere rol van de rechter ligt in het feit dat men niet langer aanvaardt dat de rechter uitspraak zou moeten doen op basis van bijvoorbeeld fictieve verslagen en onvolledig voorgestelde of vermomde feiten.³⁵ Het besef dat het rechtsvertrouwen in de samenleving gebaat is met een effectieve bewijsgaring die de nadruk legt op de zoektocht naar de werkelijke waarheid vindt immers meer en meer ingang.³⁶ In die zoektocht blijft het initiatief van de rechter wel steeds ondergeschikt aan de toepassing van het beschikkingsbeginsel, in die zin dat hij zich moet houden aan de feitelijke context die naar voor is gebracht door de partijen in de loop van het debat.³⁷

³⁰ B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 67.

³¹ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 38-39; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-350 en 469-470; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 31-35; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 381; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 351-352; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 55; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 42; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht, II*, Brugge, Die Keure, 2009, 157; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2355.

³² Verslag Van Reepinghe, *Parl. St. Senaat 1963-64*, nr. 60, 162 en 211. SAMYN merkt op dat die meer actieve rol nog steeds niet ontbloeit is van enige spanning (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 46).

³³ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Het algemeen deel veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 215-216.

³⁴ P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 351.

³⁵ Verslag Van Reepinghe, *Parl. St. Senaat 1963-64*, nr. 60, 162.

³⁶ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 39; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 424.

³⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 154.

10. Traditionele taken: toezichthoudende en evaluerende functie – In de hedendaagse visie behoudt de rechter de taken die hem altijd al werden toegekend. Dat is in de eerste plaats zijn *toezichthoudende functie*, wat betekent dat hij toezicht houdt op het eerlijk verloop van de procesgang. Tijdens de procedure zorgt hij ervoor dat de bewijslevering op een correcte manier gebeurt en dat het recht van tegenspraak en de rechten van verdediging worden geëerbiedigd.³⁸

Daarnaast bestaat de hoofdplicht van de rechter nog steeds uit zijn *evaluerende functie* die gekoppeld wordt aan “de bewijswaardering”. Die functie vervult hij gedurende het beraad na de sluiting van de debatten en het resultaat ervan komt in zijn eindbeslissing.³⁹ De rechter interpreteert en waardeert de aangevoerde bewijzen met eerbiediging van hun bewijskracht en bewijswaarde, waarna hij vaststelt of de ingeroepen feiten en handelingen al dan niet bewezen zijn. Wanneer er onvoldoende bewijs voorligt, beslist hij welke partij daarvan het risico moet dragen.⁴⁰ Tijdens de bewijswaardering ziet hij ook toe op de wettigheid en de geoorloofdheid van het bewijs.⁴¹

11. Taken van de actieve rechter: aanvullende en versterkt toezichthoudende functie

- Van een actieve rechter wordt echter ook verwacht dat hij het geding in goede banen leidt en stuurt in de richting van een waarheidsgedreven, minder conflictueuze en desnoods pragmatische procesvoering.⁴² Dat betekent in de eerste plaats dat de rechter gebruik kan maken van zijn initiatiefrecht.⁴³ In het Gerechtelijk Wetboek zijn er talrijke bepalingen opgenomen die hem de mogelijkheid geven om geen genoegen te nemen met de aan hem voorgelegde bewijselementen.⁴⁴ Hij kan de partijen om bijkomende informatie vragen, dwingen een bepaald stuk over te leggen of ambtshalve andere onderzoeksmaatregelen bevelen die hij nodig acht.⁴⁵ Al die initiatieven die de rechter kan nemen wanneer hij van

³⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 157; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 25-26; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 67; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 654.

³⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470.

⁴⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 335 en 470; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 535; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 46.

⁴¹ B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 67.

⁴² J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 55; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 55; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2013, 152-153.

⁴³ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 157.

⁴⁴ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 31; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 80.

⁴⁵ Zie art. 877, 916, 961/2 of 962 Ger.W. (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-351; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story-Publishers, 2009, 487; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 185; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*,

oordeel is dat de partijen inzake de bewijsvoering niet adequaat zijn, brengt men samen onder de noemer van de *aanvullende functie* van de rechter.⁴⁶

Ten tweede betekent de actieve rol van de rechter ook dat hij de opportuniteit van een onderzoeksmaatregel vrij beoordeelt en dus een *versterkt toezichthoudende functie* heeft.⁴⁷ Het feit dat de rechter een verzoek van een bepaalde partij om een maatregel te bevelen afwijst, betekent echter niet dat hij uitspraak doet *ultra petita*, zelfs niet indien hij zonder daar om gevraagd te zijn, een andere maatregel oplegt.⁴⁸ Daarnaast heeft de toezichthoudende rol ook tot gevolg dat eenmaal de rechter een onderzoeksmaatregel bevolen heeft, hij die maatregel verder opvolgt en nagaat of zij correct en met vereiste spoed wordt uitgevoerd.⁴⁹

§2. De gewijzigde rol bij bewijfsafspraken

12. Principe – Verder in deze de bijdrage zal blijken dat de aanwezigheid van bewijsovereenkomsten en –clausules ervoor kan zorgen dat de *evaluerende functie* en de *toezichthoudende functie* van de rechter aanzienlijke wijzigingen ondergaan. In algemene zin kan verdedigd worden dat de partijen door het maken van contractuele afspraken inzake bewijs meer greep krijgen op de bewijswaardering, waardoor de evaluerende functie van de rechter minder prominent wordt en hij zelf meer nadruk zal leggen op zijn toezichthoudende functie.

13. Twijfels omtrent invloed op aanvullende functie – Het lijkt moeilijk te aanvaarden dat de *aanvullende functie* van de rechter, die inhoudt dat hij bijkomende inlichtingen kan vragen en eigen initiatieven kan nemen, aan banden kan worden gelegd door bewijfsafspraken tussen de partijen. Uit de actieve rol van de rechter in de waarheidsvinding volgt dat zijn macht om een onderzoeksmaatregel op te leggen aan partijen en aan derden voorrang moet krijgen op de wilsautonomie van de partijen.⁵⁰ Een overeenstemming tussen de partijen dat een bepaalde maatregel niet nodig is, kan niet beletten dat de rechter die onderzoeksmaatregel alsnog ambtshalve beveelt.⁵¹ Het Gerechtelijk Wetboek voorziet immers niet in de

Université de Liège, Luik, 1987, 352; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 157).

⁴⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29.

⁴⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 469; S. RUTTEN, "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (19) 29.

⁴⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 424; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 352; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991.

⁴⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 469.

⁵⁰ B. ALLEMEERSCH, "Controversiële bewijzen in handelszaken" in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, (646) 657.

⁵¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 424.

mogelijkheid om de rechterlijke bevoegdheid inzake onderzoeksmaatregelen contractueel uit te sluiten of te moduleren.⁵²

Niettemin doen bepaalde auteurs uitschijnen dat bewijsovereenkomsten en -clausules omtrent de bewijsgaring door de rechter wel mogelijk zijn.⁵³ Ter staving wordt verwezen naar een arrest van het Hof van Cassatie van 2 juni 2005. In die zaak hadden de belastingdienst en een bank expliciet de toepassing van art. 877 Ger.W. uitgesloten en uitdrukkelijk de keuze gemaakt om het debat te beperken tot de toepassing van art. 319bis Wetboek Inkomstenbelastingen, dat bepaalt dat “*de met de invordering belaste ambtenaren beschikken over alle onderzoeksbevoegdheden bepaald in dit Wetboek teneinde de vermogenssituatie van de schuldenaar te bepalen*”. Ondanks die uitdrukkelijke beslissing deden de appelrechters toch een beroep op art. 877 Ger.W en veroordeelde het de bank om een eensluidend verklaard afschrift van haar boekhouding over te leggen. Volgens de eiser in cassatie ging die beslissing in tegen het beschikkingsbeginsel, aangezien de partijen enkel wensten dat het geschil werd opgelost op basis van artikel 319bis WIB. Het Hof van Cassatie volgde de eiser en oordeelde dat de appelrechters niet zonder miskenning van het beschikkingsbeginsel toepassing konden maken van art. 877 Ger.W.⁵⁴ Volgens de advocaat-generaal in deze zaak zet art. 877 Ger.W. weliswaar de nieuwe rol van de rechter in de verf, maar toch moet de rechter die nieuwe rol nog steeds vervullen met respect voor het beschikkingsbeginsel en de accusatoire procedure van ons Gerechtelijk Wetboek.⁵⁵ *In casu* blijft men dus vasthouden aan het standpunt dat onze procesvoering “*nog trouw blijft aan de liberale traditie*”⁵⁶, die het proces beschouwt als een gerechtelijk contract tussen de partijen.

Een belangrijke nuance is dat de afspraak tussen de partijen die voorlag in het arrest van 2 juni 2005 eerder beschouwd moet worden als een procedureakkoord, dat aan een heel andere dynamiek beantwoordt dan een bewijsovereenkomst en ook aan andere rechtsregels onderworpen is.⁵⁷ Terecht schrijft VAN DROOGHENBROECK in 2004 : “*le principe dispositif n’est jamais aussi vivace qu’en présence d’accords procéduraux conclus par les parties.*”⁵⁸ Procedureakkoorden komen hier niet aan bod, omdat ze niet kwalificeren als overeenkomsten in de privaatrechtelijke zin van het woord, maar eerder als procesrechtelijke modaliteiten van het debat (cf. *supra* nr. 4), zodat we verder ook niet meer zullen ingaan op de aanvullende functie van de rechter.

⁵² K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Brugge, Die Keure, 2011, 314.

⁵³ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 581.

⁵⁴ Cass. 2 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1173; *Pas.* 2005, 1167, concl. A. HENKES; *FJF* 2006, 577; *JT* 2006, 149, *JLMB* 2006, 452, concl. A. HENKES.

⁵⁵ Conc. A. HENKENS bij Cass. 2 juni 2005, *Pas.* 2005, 1169 en *JLMB* 2006, 452.

⁵⁶ *Ibid.*, met verwijzing naar A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Université de Liège, Luik, 1987, 484.

⁵⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, "Les accords procéduraux et le procès civil", *TBBR* 2012, (126) 126-137; J. VAN DONINCK, "Grenzen aan de taak van de rechter als hoeder van het algemeen belang", (noot onder Cass. 22 mei 2012), *RW* 2012-13, (897) 897-899; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge et le contrat", *TBBR* 2007, afl. 10, (595) 607-608

⁵⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction : iura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, 308, nr. 327.

TITEL III. CATEGORISATIE VAN DE OVEREENKOMSTEN EN CLAUSULES INZAKE BEWIJS

14. Aard van de overeenkomst – Alvorens over te gaan tot een overzicht van de verschillende categorieën van bewijsovereenkomsten en -clausules, is het aanbevolen om eerst de juridische aard van dat type overeenkomsten onder de loep te nemen. In Nederland heerst de overtuiging dat bewijsovereenkomsten ‘non-obligatoire’ overeenkomsten zijn. Dat betekent dat, in tegenstelling tot wat geldt bij gewone overeenkomsten, dat het beoogde effect niet is dat de ene partij ten opzichte van de andere partij een prestatie levert, maar wel dat de rechter zich overeenkomstig de door de partijen geformuleerde regel gedraagt. De rechter moet dus in plaats van de wettelijke, de contractuele regeling op de bewijspositie tussen de partijen toepassen.⁵⁹

Die visie kan niet volledig worden bijgetreden. Eerst en vooral is het belangrijk om te vermelden dat er in het Belgische recht een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën van bewijsovereenkomsten, naargelang zij betrekking hebben op de bewijslast, de bewijsmiddelen, de bewijswaarde en de geoorloofdheid.⁶⁰ Zeker bij bewijsmiddel- en bewijslastovereenkomsten lijken partijen ook onderling afspraken te maken over hoe zijzelf de bewijslevering zullen invullen, naast het feit dat zij met die afspraken de rechter willen verbinden. Bij overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde lijkt de uitwerking van de overeenkomst wel uitsluitend op de rechter gericht (cf. *infra* nr. 28).

Hierna bespreken we elk van die overeenkomsten afzonderlijk: de bewijslastovereenkomst in afdeling 1, de bewijsmiddelovereenkomst in afdeling 2, de overeenkomst met betrekking tot de bewijswaarde in afdeling 3 en de geoorloofdheidsclausules in afdeling 4.

Afdeling 1. De bewijslastovereenkomst

15. Principe – De bewijslastovereenkomst is een overeenkomst waarbij partijen in afwijking van de normale principes ter zake de verdeling en de omvang van de bewijslast regelen.⁶¹ Een contractuele afspraak omtrent de verdeling van de bewijslast kan zowel op rechtstreekse als op onrechtstreekse wijze gebeuren (§1). Daarnaast kunnen partijen aan de hand van een overeenkomst de omvang van de bewijslast verhogen dan wel verlagen (§2).

§1. De verdeling van de bewijslast

16. Rechtstreeks - In de eerste plaats kunnen partijen rechtstreeks en uitdrukkelijk overeenkomen welke partij iets moet bewijzen. In art. 5.1 van het algemeen reglement van

⁵⁹ C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 28; J.M. SCHELTMA, "Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs", *WNPR* 1935, (419) 419.

⁶⁰ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118.

⁶¹ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 66.

verrichtingen van een Belgische grootbank lezen we bijvoorbeeld: “*Wanneer de Klant ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct werd uitgevoerd, is de Bank gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie door de Klant toegestaan werd, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.*”⁶²

17. Onrechtstreeks door vermoedens - Het is ook mogelijk dat partijen onrechtstreeks de bewijslast verschuiven door het inlassen van een feitelijk vermoeden. Een typisch voorbeeld is het beding naar luid waarvan “*de cliënt van een bank geacht wordt de rekeninguittreksels goed te keuren indien hij binnen zestig dagen na ontvangst ervan niet reageert*”. Dergelijke clause was aan de orde in een zaak voor het Hof van beroep te Brussel waarin na een bankbezoek een som van 3000 EUR van de rekening van een cliënt werd gedebiteerd. Hoewel de journaalband en het rekeninguittreksel lieten uitschijnen dat de cliënt dat bedrag cash had afgehaald op het bankkantoor, beweerde die laatste daar geen weet van te hebben. De bank verwees echter naar zijn algemene voorwaarden en stelde vast dat de cliënt de litigieuze verrichting niet betwist had binnen een termijn van 60 dagen, zodat de bewijslast was omgekeerd. In deze zaak aanvaardde het Hof van beroep de geldigheid van de clause, maar was het de tegenstelbaarheid die voor problemen zorgde. Volgens het Hof was het immers niet bewezen dat de cliënt zijn goedkeuring aan de toepassing van de desbetreffende algemene voorwaarden had verleend.⁶³

In huwelijkscontracten is het eveneens veelvoorkomend dat er bewijsclausules worden opgenomen die aan de hand van vermoedens een omkering van de bewijslast teweegbrengen. Op 4 november 2009 moest het Hof van beroep te Antwerpen zich buigen over de zaak van een echtpaar dat in onverdeeldheid een onroerend goed had aangekocht om het als gezinswoning te gebruiken en tijdens de echtscheiding een geschil had over een aantal verbouwingsfacturen die de man had betaald. Het Hof overwoog dat in principe de beide echtgenoten dienden te bewijzen dat zij in verhouding tot hun mogelijkheden hadden bijgedragen tot de lasten van het huwelijk. In het huwelijkscontract was er echter een bewijsclausule opgenomen die een impliciete verschuiving van de bewijslast omvatte: “*Bij ontstentenis van geschreven rekeningen zal vermoed worden dat de echtgenoten de rekeningen die zij elkaar verschuldigd zijn van dag tot dag vereffend hebben*”.⁶⁴ Bijgevolg werden beiden geacht naar hun vermogen te hebben bijgedragen in de lasten van het huwelijk, zodat de echtgenoot die op dat punt een vergoeding vorderde, het bewijs moest leveren dat de andere echtgenoot niet naar vermogen had bijgedragen. *In casu* oordeelde het Hof dat de man niet het bewijs leverde dat zijn echtgenote niet naar evenredigheid zou hebben bijgedragen in de lasten van het huwelijk (die ook de lasten *in natura* zoals de zorg voor huishouding en kinderen omvatten), zodat hij geen vergoeding kon vorderen voor zijn aandeel in de

⁶² Art. 5.1. Algemeen Reglement der Verrichtingen Belfius.

⁶³ Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, 923.

⁶⁴ We merken ook de nauwe band op met een bewijsmiddelovereenkomst: door het vereisen van “geschreven rekeningen” wordt het aantal toelaatbare bewijsmiddelen in aanzienlijke mate ingeperkt (cf. *infra* nr. 26).

verbouwingskosten.⁶⁵ In een eerder arrest had het Hof van beroep te Antwerpen zich nog strenger opgesteld met betrekking tot een gelijkaardige clausule in een huwelijkscontract. Het Hof leidde uit het beding dat “*een overdracht van geld vermoed wordt ter vereffening van de rekeningen tussen partijen te zijn geschied*” af dat partijen het bewijs dat de bijdragen van beide echtgenoten tegen elkaar opwegen precies hebben willen uitsluiten en wilde dus zelfs geen discussie over de bewijslast meer voeren.⁶⁶

Ten derde vindt ook een onrechtstreekse verschuiving van de bewijslast plaats wanneer een contractuele clausule bepaalt dat één van de partijen de overeenkomst mag ontbinden zonder dat die partij het bewijs moet leveren van de tekortkoming van de andere partij.⁶⁷ In dat geval ligt het verschil met een opzegbeding in het feit dat het aan de andere partij toekomt om te bewijzen dat ze helemaal geen wanprestatie heeft begaan, terwijl bij een opzegbeding het al dan niet voorhanden zijn van een wanprestatie van geen belang is.⁶⁸

18. Onrechtstreeks door wijziging aard verbinten – Wanneer men in een contractueel beding een middelenverbintenis kwalificeert als een resultaatsverbintenis of omgekeerd, kan er eveneens een verschuiving van de bewijslast plaatsvinden. Bij een middelenverbintenis moet de schuldeiser een fout bewijzen van de schuldenaar door aan te tonen dat de schuldenaar niet alle middelen heeft aangewend die daartoe nodig waren, terwijl hij bij een resultaatsverbintenis enkel het uitblijven van het beloofde resultaat hoeft te bewijzen.⁶⁹

Een interessante illustratie is het arrest van het Hof van Cassatie van 23 februari 2000. In een aannemingsovereenkomst was een uitvoeringstermijn afgesproken, gekoppeld aan een schadebeding. Indien de aannemingswerken niet op een bepaalde dag zouden zijn opgeleverd, zou het door de bouwheer betaald bedrag van rechtswege en zonder ingebrekestelling moeten worden terugbetaald aan de bouwheer als schadevergoeding. De termijn werd niet nageleefd door de aannemer, zodat de bouwheer zich op het schadebeding beriep.

⁶⁵ Antwerpen 4 november 2009, *Not.Fisc.M.* 2011, 87, noot P. Taelman; *Rev.trim.dr.fam.* 2011 787; *RW* 2012-13, 465 en *T.Fam.* 2010, 190, noot C. Declercq.

⁶⁶ Antwerpen 10 november 2003, *RABG* 2005, 726.

⁶⁷ B. Samyn, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42; D. Mougenot, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 118.

⁶⁸ V. Depadt-Sebag, "Les conventions sur la preuve" in C. Puigelier (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

⁶⁹ G.-L. Ballon, "Bewijsclausules" in G.-L. Ballon, H.D. Decker, V. Sagaert, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 501; B. Cattoir, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 93-95; H. Geens, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. Allemeeersch, P. Londers en S. Sroka (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 165; O. Michiels, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 365; F. Mourlon Beernaert, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 67-68; F. Mourlon Beernaert, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-16; B. Samyn, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 179; S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 165-166; W. Van Gerven en S. Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 661. Verheyden-Jeanmart insinueert dat bij een resultaatsverbintenis het niet-bereiken van een resultaat vermoed wordt of zelfs niet ter discussie staat (N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 78 en N. Verheyden-Jeanmart, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 36).

Het Hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat het loutere verstrijken van de termijn niet voldoende was om de schadevergoeding op te eisen. Volgens het Hof moest de bouwheer eerst bewijzen dat de laattijdigheid van de oplevering te wijten was aan een fout van de aannemer. Het Hof van Cassatie verbrak dit arrest en oordeelde dat wanneer een sanctie 'van rechtswege' is bedongen wegens de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, de contractuele schuldeiser niet meer het bewijs dient te leveren van het feit dat die vertraging een gevolg is van de wanprestatie van de schuldenaar. Het Hof van beroep had dus door de bewijslast van een fout op de schuldeiser te leggen, zonder na te gaan of de aannemer door het litigieuze beding een resultaats- dan wel middelenverbintenis op zich had genomen, het onderscheid tussen resultaats- en middelenverbintenis en de invloed van dit onderscheid op de bewijslastverdeling miskend.⁷⁰

§2. De omvang van de bewijslast

19. Principe - In het mededingingsrecht⁷¹ en in een aantal vreemde rechtstelsels⁷² besteedt men aanzienlijke aandacht aan de bewijsstandaard, wat de intensiteit is waarmee iets bewezen moet worden. In het Belgisch burgerlijk recht is de belangstelling geringer en beperkt men er zich meestal tot het dubbele beginsel dat de rechter persoonlijk overtuigd moet zijn van de waarachtigheid van het te bewijzen feit (de leer van de innerlijke overtuiging) en dat een redelijke zekerheid daarvoor volstaat (de leer van het juridisch bewijs).⁷³ Onder omstandigheden wordt ook wel genoeg genomen met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid in plaats van de principieel vereiste zekerheid van bewijs.⁷⁴ Bijgevolg is het logisch dat partijen ook aan de hand van een bewijslastovereenkomst kunnen bepalen in welke mate bepaalde feiten bewezen moet worden. Daarbij kunnen ze zelf kiezen om slechts het bewijs van een waarschijnlijkheid te vereisen dan wel dat bepaalde feiten op rigoureuze wijze moeten worden aangetoond.⁷⁵

⁷⁰ Cass. 23 februari 2000, *Res.Jur.Imm.* 2002, 49, noot W. VAN CUTSEM en E. LEYTENS. Zie ook G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 503.

⁷¹ Working paper bij Groenboek over schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005) 672, nr. 80 en Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (de Ashurst-study), 55-56. Zie ook W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 665.

⁷² I. GIESEN, "The Burden of Proof and other Procedural Devices in Tort Law" in H. KOZIOL en B.C. STEININGER (eds.), *Tort and Insurance Law, Yearbook*, New York, Springer, 2008, (49) 53; E. KARNER, "The Function of the Burden of Proof in Tort Law" in H. KOZIOL en C. STEININGER (eds.), *Tort and Insurance Law, Yearbook*, New York, Springer, 2008, (68), 71; V. ULFBECK en M.-L. HOLLE, "Tort law and burden of proof - Comparative aspects. A special case for enterprise liability" in H. KOZIOL en C. STEININGER (eds.), *Tort and Insurance Law, Yearbook*, New York, Springer, 2008, (49) 28.

⁷³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 463.

⁷⁴ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in APR, Mechelen, Kluwer, 2013, 69; D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *Droit Judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, (VI.1-1) VI.1-2.5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 10; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 29; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 4-5, vn. 13bis.

⁷⁵ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 188; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, III*, Brussel, Bruylant, 1967, 736

20. Verminderen van de bewijslast – De partijen kunnen allereerst aan de hand van een clause een lagere bewijslast overeenkomen. Dat betekent echter niet dat ze helemaal niets meer hoeven te bewijzen. In een zaak voor het Hof van beroep te Antwerpen vorderde een onderneming van zijn verzekeraars de betaling van een aanzienlijke geldsom voor het verlies van een partij ruwe diamanten op het moment dat ze in consignatie waren gegeven bij een diamanthandelaar. De onderneming baseerde zich daarvoor op een clause in de polis die bepaalde dat het risico van ‘mysterieus verlies’ gedekt was tot 100.000 USD. Het Hof van beroep overwoog dat ofschoon de clause ‘mysterieus verlies’ aanleiding kon geven tot een verminderde bewijslast in hoofde van de verzekerde, die clause de verzekerde niet ontsloeg van elke bewijslast. Het mysterieus verlies van de goederen diende op basis van art. 1315 BW nog te worden aangetoond, minstens aannemelijk te worden gemaakt door de verzekerde. Daaraan stond evenwel niet in de weg dat de rechter het bewijs van de verzekerde in redelijkheid apprecieerde, rekening houdend met de moeilijkheden die zich kunnen voordoen bij het bewijs van een mysterieus verlies. Wegens de aard van de verzekering kon volgens het Hof van de verzekerde geen onbeperkt bewijs worden gevraagd.⁷⁶

21. Verhogen van de bewijslast - Daarnaast gebeurt het ook frequent dat partijen via een overeenkomst aan één van hen een bijkomende bewijslast opleggen. Zo kunnen ze overeenkomen dat een omstandig stilzwijgen niet kan worden beschouwd als een wilsuiking.⁷⁷ Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn in clauses die een stilzwijgende wederverhuring of een stilzwijgende aanvaarding uitsluiten. Door een dergelijk beding wordt aan de partij die had kunnen volstaan met het aantonen van de feitelijke omstandigheden waaruit een stilzwijgende wilsuiking kon worden afgeleid, een zwaardere bewijslast opgelegd.⁷⁸

Een ander voorbeeld is de volgende clause: “*Aanvaarding van ingecheckte bagage door de houder van het bagage-identificatielabel, zonder klacht op het tijdstip van levering, is prima facie bewijs dat deze in goede staat en in overeenkomst met het vervoerscontract is bezorgd.*”⁷⁹ Het bewijs om aan te tonen dat er toch nog iets verkeerd was met de bagage wordt niet onmogelijk gemaakt, maar wel veel moeilijker, omdat de luchtvaartmaatschappij bedongen heeft dat er bij gebrek aan klacht op het tijdstip van de levering, een *prima facie* bewijs is dat de levering in overeenstemming met het vervoerscontract is gebeurd.

Afdeling 2. De bewijsmiddelovereenkomst

22. Principe – De bewijsmiddelen zijn de technieken en methoden waarvan een partij gebruik maakt om aan de rechter de juistheid aan te tonen van de feiten en handelingen die hij

⁷⁶ Antwerpen 29 april 2009 *Eur. Vervoerr.* 2009, 596.

⁷⁷ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 505; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 388; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 75.

⁷⁸ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435), 451.

⁷⁹ Art. 15.1.1 van de algemene reisvoorwaarden van Ryanair.

aanvoert.⁸⁰ In deze bijdrage hanteren we een tweevoudige opdeling van de bewijsmiddellovereenkomsten, namelijk de overeenkomsten die de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen verzachten (i) en anderzijds de overeenkomsten die juist een strengere toepassing dan de wet vereisen (ii).

§1. Verzachting van de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen

23. Vereiste van geschrift - Partijen kunnen overeenkomen om de gemeenrechtelijke regels betreffende het aanwenden van bepaalde bewijsmiddelen te versoepelen. Een typisch voorbeeld zijn de afwijkingen van art. 1341 BW.⁸¹ Dat artikel bepaalt dat een akte moet worden opgemaakt voor zaken die de waarde van 375 EUR te boven gaan en dat het bewijs door getuigen niet toegelaten wordt tegen of boven de inhoud van akten. In de algemene voorwaarden van één van de Belgische grootbanken vinden we bijvoorbeeld letterlijk: “*De schriftelijke stukken van de Bank vormen een afdoend bewijs dat de opdracht werd uitgevoerd conform de instructies van de Klant. Voor zover nodig en in afwijking van artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek kan de Bank het bewijs van dergelijke opdrachten leveren met alle rechtsmiddelen.*”⁸²

Een ander voorbeeld zijn de clausules die bepalen dat kopieën een rechtsgeldig bewijs uitmaken. Deze versoepelen in feite art. 1334 BW, dat bepaalt dat wanneer de oorspronkelijke titel nog bestaat, afschriften enkel het bewijs opleveren van wat voorkomt in de titel, waarvan de vertoning altijd kan worden gevorderd. Een illustratie daarvan is het volgende beding: “*Het bewijs van de verzending en van de inhoud van de briefwisseling gericht aan de Cliënt wordt op geldige wijze geleverd door de overlegging van een kopie of een samenvattende staat.*”⁸³

24. Vereiste van art. 1325 BW - Partijen kunnen ook in contractuele afwijkingen van art. 1325 BW voorzien. In de eerste plaats kunnen ze overeenkomen om de onderhandse akte die strekt tot bewijs van de overeenkomst slechts in één origineel exemplaar op te maken. Dat exemplaar wordt dan in bewaring gegeven bij een door hen aangewezen derde, zoals de notaris.⁸⁴ Een voorbeeld daarvan is de verkoop van een garage-atelier onder de opschortende voorwaarde van het niet-terugbetalen van een lening. Eén van de partijen wierp op dat in strijd met art. 1325 BW slechts één exemplaar van de onderhandse akte was opgesteld. Het Hof van beroep te Luik leidde echter uit de briefwisseling af dat alle partijen ermee hadden ingestemd om de oorkonde van de overeenkomst bij een notaris in bewaring te geven. De

⁸⁰ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 198; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 152; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, (153) 158.

⁸¹ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118.

⁸² Art. 12.1 Algemeen Reglement der Verrichtingen Beobank.

⁸³ Art. 17 Algemeen Reglement der Verrichtingen ING Belgium.

⁸⁴ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) ; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 120.

reden voor dat unieke exemplaar was dat de notaris het moest verscheuren indien de schuld zou worden terugbetaald.⁸⁵

Ten tweede kunnen partijen ook afwijken van het vormvereiste van de effectieve overhandiging. In dat geval worden er weliswaar meerdere originelen opgemaakt, maar spreekt men af om niet onmiddellijk een origineel aan iedere partij met een onderscheiden belang te overhandigen. In een arrest van 26 april 2001 bevestigde het Hof van Cassatie dat de akte in dat geval zijn volledige bewijswaarde behoudt. De eisende partij had een schending van art. 1325 BW ingeroepen omdat hij geen origineel exemplaar had ontvangen van een koopovereenkomst die nochtans in twee identieke originelen was opgesteld. Het Hof stelde echter vast dat de akte bepaalde dat de overhandiging van een exemplaar aan de partij die het bedrag van de transactie verschuldigd was, als kwijting van de betaling van dat bedrag zou gelden. Bijgevolg was het volgens het Hof volstrekt logisch dat de exemplaren van de akte in het bezit van de verkoper bleven zolang hij de betaling van de verkoopprijs niet had ontvangen.⁸⁶

25. Nieuwe technologieën als bewijsmiddel – Moderne technologieën die niet in de wet zijn geregeld, kunnen door een contractueel beding ook als bewijsmiddel worden aangewend. De wereld van vandaag drijft immers voort op snelle communicatiemiddelen en onophoudelijke transacties die nog weinig van doen hebben met de traditionele geschreven contracten.⁸⁷ Zeker in de financiële wereld kan men door middel van bewijsovereenkomsten de technische mogelijkheden van de elektronische netwerken ten volle benutten om de totstandkoming en afwikkeling van financiële transacties uitsluitend langs de virtuele weg te laten plaatsgrijpen.⁸⁸

In de algemene voorwaarden van alle grootbanken vinden we dan ook een bepaling in de zin van *“De Klant aanvaardt dat de door de Bank opgeslagen informatorische/elektronische gegevens het bewijs vormen van verrichtingen, orders, berichten of informatie uitgewisseld via elektronische weg, ongeacht de drager waarop deze gegevens zich bevinden.”*⁸⁹ De rechtbank van Namen erkende al in 1988 dat de historische van bankkaarten en de journaalband ingevolge een bewijsovereenkomst een dwingend en voldoende procedé van bewijs door geschrift kunnen uitmaken.⁹⁰ Volledigheidshalve dient wel vermeld te worden dat het geschrift sinds de invoering van de wet van 11 maart 2003 inzake de elektronische handel

⁸⁵ Luik 30 april 2001, *TBBR* 2002, 407.

⁸⁶ Cass. 26 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 733, concl. A. HENKES, *Pas.* 2001, 702, concl. A. HENKES en *TBBR* 2006, 346, noot A. DE BOECK.

⁸⁷ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 129.

⁸⁸ M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering" in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, (285) 290.

⁸⁹ Art. 15.2. algemeen reglement der verrichtingen Belfius, art. I.35.1. algemene voorwaarden KBC-bank, art. 14 algemeen reglement van verrichtingen Beobank, art. 36 algemeen reglement der verrichtingen ING en art. 22 algemene bankvoorwaarden BNP-Paribas Fortis.

⁹⁰ Rb. Namen 30 mei 1988, *DIT* 1990, 60.

een nieuwe functionele definitie gekregen heeft.⁹¹ Aan de vereiste van een geschrift is al voldaan “*door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn*” (art. 16, §2 Wet Elektronisch Handel). Bijgevolg zijn bepaalde bewijsovereenkomsten die in het verleden afgesloten werden omtrent de nieuwe technologieën minder relevant geworden.

§2. Verstrenging van de regels met betrekking tot de bewijsmiddelen

26. Principe - Omgekeerd kunnen partijen ook een verstrenging van de toelaatbare bewijsmiddelen overeenkomen. Zo kan men bijvoorbeeld het bewijs door getuigen uitsluiten of een akte vereisen waar dit in het gemene bewijsrecht niet nodig is, bijvoorbeeld onder de 375 euro. Een ander voorbeeld is wanneer partijen overeenkomen dat een begin van bewijs door geschrift niet kan worden aangevuld met getuigen of vermoedens.⁹² Ten slotte kan in dat verband ook gedacht worden aan de *no oral modification*-clausule, waarbij partijen wijzigingen of aanvullingen van de overeenkomst slechts toelaten op de wijze bepaald in de overeenkomst zelf.⁹³

27. Vereiste van welbepaald bewijsmiddel - Het feit dat de rechter gebonden is door clausules die het toelaatbare bewijs beperken, werd bevestigd in een arrest van het Hof van beroep te Luik van 22 februari 2000. Een bank kende aan een makelaar de bevoegdheid toe om allerhande contracten voor haar af te sluiten (verkoop op afbetaling, leningen,...). Na de beëindiging van de samenwerking ontstond er een discussie over de verschuldigde commissielonen. De overeenkomst bepaalde dat het tarief van de commissie op elk moment mocht herzien worden door de bank, middels een kennisgeving zeven dagen op voorhand bij aangetekende brief. *In casu* was er enkel een fax verstuurd en geen aangetekende brief, maar trachtte de bank de kennisgeving te bewijzen op grond van een aantal vermoedens. Het Hof van beroep te Luik overwoog in de eerste plaats dat partijen vrij overeenkomsten mogen sluiten over de bewijsmiddelen die zij zullen aanwenden. Bijgevolg was het in dergelijk geval niet toegelaten een bewijs met vermoedens voor te dragen in plaats van met het overeengekomen bewijsmiddel, namelijk de aangetekende brief.⁹⁴

Het Hof van beroep te Brussel stelde zich even streng op in een geschil tussen een koppel dat de lotto had gewonnen en de bank waarmee het een optieovereenkomst had getekend. In de bijlage van die overeenkomst was er een akkoord opgenomen “*betreffende het gebruik van de telefax met het oog op de toekenning van orders in het kader van de verhouding tussen de bank en zijn cliënten*”. Gedurende een zekere periode werden er verschillende transacties in

⁹¹ Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, BS 17 maart 2003, 12.962.

⁹² S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 451, nr. 28. In dezelfde zin in Nederland: C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 25.

⁹³ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 502; G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 23.

⁹⁴ Luik 22 februari 2000, *TBH* 2000, 503.

het kader van die optieovereenkomst uitgevoerd. Wanneer de portefeuille echter heel erg in het negatief kwam te staan, beweerde het koppel dat het nooit enige instructie had gegeven met betrekking tot de beurstransacties. Verwijzend naar de bewijsclausule oordeelde het Hof dat het niet betwist was dat de partijen nooit enig order per telefax hadden verzonden met betrekking tot de uitgevoerde transacties. De pogingen van de bank om aan te tonen dat de orders mondeling waren toegezegd, waren dan ook vruchteloos.⁹⁵

Afdeling 3. De overeenkomst met betrekking tot de bewijswaarde

28. Principe - Ten derde zijn er bewijsclausules waarin partijen een contractuele afspraak maken omtrent de bewijswaarde die in hun onderlinge verhouding aan één of meer bewijsmiddelen of onderzoeksmaatregelen moet worden gehecht.⁹⁶ De bewijswaarde kan omschreven worden als het vertrouwen, het krediet, de ernst of de waarachtigheid die de rechter in eer en geweten kan hechten aan een bewijselement.⁹⁷ Dat heeft op zijn beurt een implicatie op de rechtsgevolgen die uit het bewijs kunnen of moeten worden afgeleid (bv. gebondenheid aan de beschikking, juistheid van de verklaring tot tegenbewijs, vermoede feiten, enz.).⁹⁸

§1. Het toekennen van een gelijke of afdoende bewijswaarde

29. Bewijsmiddel met gelijke bewijswaarde – Een eerste reeks overeenkomsten strekt ertoe om aan de nieuwe technologieën eenzelfde bewijswaarde toe te kennen als aan de klassieke bewijsmiddelen. Op dat vlak is de grens met de overeenkomsten die voorzien in de versoepeling van de wettelijke regels met betrekking tot de bewijsmiddelen flinterdun (cf. *supra* nr. 25), zoals blijkt uit het volgende voorbeeld: “*De Bank kan aan haar cliënten en aan derden het bewijs leveren van alle rechtshandelingen door overlegging van hetzij originele documenten, hetzij fotografische, microfotografische, magnetische, elektronische of optische afschriften, alsook doorslagkopieën. Deze informatiedragers worden geacht dezelfde bewijswaarde te hebben als de originele stukken.*”⁹⁹

30. Bewijsmiddel met afdoende bewijswaarde – Daarnaast bestaan er clausules die een afdoende of absolute bewijswaarde toekennen aan bepaalde soorten van bewijs. Dat betekent concreet dat het voldoende is dat één partij dergelijk bewijsmateriaal naar voor brengt, om de waarachtigheid van zijn aanspraken aan te tonen. Het volgende voorbeeld is daar een

⁹⁵ Brussel 16 maart 2009, *Bank Fin.R.* 2009, 237; *JT* 2009, 757; *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN; *TBH* 2011, 338, noot A. ANDRE-DUMONT.

⁹⁶ A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 118.

⁹⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 154; D. MOUGENOT, *Droit des obligations : la preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 75 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 51 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 152 ; K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechtelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, (141) 151 ; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, (153) 158.

⁹⁸ M.E. STORME, "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen", *RW* 2000-01, (1505) 1506, nr. 28.

⁹⁹ Art. I.35.1 Algemene Bankvoorwaarden KBC-Bank.

illustratie van: “De uitvoering van de aan de bank gegeven opdrachten wordt voldoende bewezen door de vermelding van de verrichting op het rekeningafschrift, ongeacht de wijze waarop dat ter beschikking wordt gesteld. Andere bewijsmiddelen moeten niet worden verstrekt.”¹⁰⁰

31. Bindend deskundigenonderzoek - Het verslag van een deskundigenonderzoek bindt normaalgezien noch de partijen, noch de rechter.¹⁰¹ Partijen kunnen in onderlinge overeenstemming echter afspreken om afdoende bewijswaarde toe te kennen aan de resultaten van een deskundigenonderzoek.¹⁰² In dat geval beoordeelt de rechter niet langer vrij en onaantastbaar de bewijswaarde van het verslag van een deskundige, maar is hij er definitief door gebonden.¹⁰³

Een arrest van het Hof van beroep te Brussel van 1 februari 2011 is een mooie illustratie van de verregaande gevolgen voor de bewijsvoering wanneer partijen zijn overeengekomen dat de resultaten van het deskundigenonderzoek bindend zullen zijn. Naar aanleiding van een echtscheiding wilde de ex-echtgenoot het gemeenschappelijk onroerend goed, een gerestaureerde boerderij met zwembad, overnemen. Er werd een landmeter aangesteld om de waarde van het goed te schatten en beide partijen kwamen overeen dat het besluit van die deskundige bindend zou zijn. Toen de landmeter verslag uitbracht, meende de ex-echtgenoot echter dat de verkoopwaarde van het goed te hoog was ingeschat en hij schakelde een eigen technisch raadsman in, die de waarde van het onroerend goed veel lager achtte. De ex-echtgenoot stelde vervolgens een vordering in om de waarde van het deskundigenonderzoek te betwisten.¹⁰⁴ Het Hof van beroep oordeelde dat overeenkomstig art. 1134 en 1163 BW de draagwijdte van de overeenkomst tot minnelijke expertise volledig in handen is van de partijen. Zij kunnen overeenkomen dat de besluiten van de deskundige bindend zijn. Het staat hen tevens vrij af te spreken dat de besluiten van de deskundige slechts de waarde hebben van een minnelijke expertise, met andere woorden van een advies dat noch de partijen noch de rechter bindt. Het Hof benadrukte dat partijen uitdrukkelijk gestipuleerd hadden dat zij gebonden zouden zijn door ‘de beslissing (schatting) van de deskundige’, waardoor de besluitvorming van die laatste een bindende derdenbeslissing uitmaakte en de partijen hun beslissingsmacht volledig hadden overgedragen aan die derde.¹⁰⁵

Hoewel de verbintenisrechtelijke figuur van de bindende derdenbeslissing niet altijd in verband staat met de leer van bewijsovereenkomsten, toont het voorgaande voorbeeld aan dat

¹⁰⁰ Art. I.35.3 Algemene Bankvoorwaarden KBC.

¹⁰¹ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 479

¹⁰² Cass. 24 oktober 1990, *De Verz.* 1991, 391, noot M. LAMBERT; Rb. Brussel 26 november 1996, *Pas.* 1996, III, 16. Indien partijen overeenkomen om een bouwgeskil voor te leggen aan de Verzoeningscommissie Bouw, dan stemmen ze er ook mee in dat ingeval de verzoeningspoging mislukt, ze zich onderwerpen aan een technische bindende derdenbeslissing (B. ALLEMEERSCH en S. SOBRIE, "Alternatieve geschillenoplossing: de verzoeningscommissie bouw" in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, *et al.* (eds.), *Handboek Bouwrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1563) 1564).

¹⁰³ L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 25; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 487.

¹⁰⁴ Brussel 1 februari 2011, nr. 2008/AR/2246, *onuitg.*, 2-4

¹⁰⁵ *Ibid.*, 5. Over het toezicht van de rechter over zo'n bindend deskundigenonderzoek, zie *infra* nr. 52.

ze er onder bepaalde omstandigheden toch mee kan worden gelijkgesteld. Deze figuur, waarbij partijen overeenkomen dat in geval van een geschil over een element van hun partijverhouding een derde persoon daarover op bindende wijze zal beslissen, is net zoals een bewijsovereenkomst geldig op basis van de wilsautonomie van partijen. In beide gevallen behoudt de rechter de mogelijkheid om een marginale toetsing uit te oefenen (cf. *infra* nr. 52). Het begrip bindende derdenbeslissing is ook ruimer en kan tevens betrekking hebben op de aanvulling van de partijverhouding (bijvoorbeeld wanneer partijen overeenkomen om de bepaling van het voorwerp van de overeenkomst aan een derde over te laten).¹⁰⁶

§2. Overeenkomsten met betrekking tot de bewijskracht

32. Bewijskrachtclausules - Heel wat clausules in de algemene voorwaarden van banken en openbare nutsbedrijven bevatten de term ‘bewijskracht’, zoals bijvoorbeeld “*Deze prijs wordt vastgelegd door het registratiesysteem van de technische apparatuur van de telefonie-operator, waarvan de rapporten bewijskracht hebben*”¹⁰⁷ en “*Behoudens door de klant aangevoerd tegenbewijs, heeft een kopie of een reproductie van het document dezelfde bewijskracht als het origineel.*”¹⁰⁸

33. Bewijskracht versus bewijswaarde - Aangezien voormelde clausules grote gelijkenis vertonen met degene die de bewijswaarde regelen, dienen de twee begrippen duidelijk tegenover elkaar te worden afgelijnd. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is de bewijskracht van een akte het respect dat men moet hebben voor wat bij geschrift is vastgesteld, voor hetgeen de opstellers erin hebben willen vastleggen, ongeacht de bewijswaarde die eraan kan of moet worden gehecht.¹⁰⁹ De bewijskracht wordt geschonden wanneer de rechter uit een akte iets anders afleidt dan wat er letterlijk in staat en de akte dus “doet liegen”.¹¹⁰

Een strekking in de rechtsleer verdedigt het gebruik van de term ‘bewijskrachtclausules’. Men omschrijft bewijskracht dan als de mate van deugdelijkheid van een bewijsmiddel om de aangevoerde rechtsfeiten en rechtshandelingen aan te tonen¹¹¹, wat eigenlijk neerkomt op de

¹⁰⁶ S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 97-98; K. VANDERSCHOT, "De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland" in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Inhoudbepaling en uitwerking van overeenkomsten tussen partijen en jegens derden, naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (425) 425-427.

¹⁰⁷ Art. 48 Algemene Voorwaarden Belgacom.

¹⁰⁸ Art. 22 Algemene Bankvoorwaarden BNP Fortis Paribas.

¹⁰⁹ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 156; F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten", *RW* 1978-79, (257) 257; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 85; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken", in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 66; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 615.

¹¹⁰ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 52; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 56.

¹¹¹ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 520-524; G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 18; G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 163.

definitie van de bewijswaarde (cf. *supra* nr. 28).¹¹² Omwille van de duidelijkheid en eenvormigheid verdient het aanbeveling om steeds de term ‘bewijswaarde’ te gebruiken. Een ander argument is dat de bewijskracht in de eigenlijke betekenis wellicht van openbare orde is, zodat daar niet zomaar bij overeenkomst afbreuk aan kan worden gedaan.¹¹³ Interpretatieclausules zijn daarentegen wel mogelijk, maar hebben een minder verregaande draagwijdte. Bij dat soort clausules wordt enkel een bepaalde interpretatiewijze uitgesloten of verplichtend gemaakt, zodat het tegenbewijs dat zou leiden tot een andere lezing wordt uitgesloten.¹¹⁴

Afdeling 4. De overeenkomst met betrekking tot de geoorloofdheid van bewijs

34. Geoorloofdheidsclausules – Deze clausules strekken ertoe de twijfels over de geoorloofdheid van een bepaald bewijselement of bewijsmiddel weg te nemen. Het gaat dan om mogelijke complicaties op het vlak van de onrechtmatigheid van het bewijs of de bewijsverkrijging. Het is duidelijk dat die bedingen niet beschouwd kunnen worden als afwijkingen van het wettelijk stelsel van bewijsmiddelen (cf. *supra* nr. 22-27), maar kaderen in het vraagstuk van de geoorloofdheid van bewijsmateriaal. Die kwestie gaat elke bewijsdiscussie voor de rechtbank vooraf, want ongeoorloofd bewijs mag niet gebruikt worden in rechte en mag door de rechter niet meegenomen worden in de waarheidsvinding.¹¹⁵

Een typevoorbeeld zijn de clausules in de algemene voorwaarden van banken die te maken hebben met de privacy van het cliënteel. Voorbeelden zijn: “*De Klant aanvaardt het opnemen van zijn telefonisch gegeven orders en aanvaardt dat deze opnames in een gerechtelijke procedure worden gebruikt en een bewijsmiddel vormen*”¹¹⁶ en “*Beeldopnames door camera’s gemaakt in en rond de gebouwen van de bank, kunnen worden bewaard gedurende een termijn van een maand of voor een langere periode indien deze opnames nuttig zijn voor de bewijsvoering van verrichtingen of van strafbare feiten.*”¹¹⁷ Aldus stemmen partijen via

¹¹² Nog andere auteurs begrijpen ‘bewijskracht’ in tweeledige zin: enerzijds als synoniem voor ‘wettelijke bewijswaarde’ en anderzijds als het respect voor hetgeen in de akte is vastgelegd (zie B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 155-156; M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 19; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken”, in *CBR-jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (63) 66; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, (153) 151-152). De onenigheid over het gebruik van de twee begrippen is waarschijnlijk ingegeven door het Nederlandse recht, waar men ook spreekt van bewijskrachtclausules (B.T.M. VAN DER WIEL, “De Bewijsovereenkomst”, *WPNR* 2002, (221) 223).

¹¹³ B. MAES, “Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekening bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *P&B* 1995, (141) 141; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 54.

¹¹⁴ G.-L. BALLON, “Bewijsclausules” in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 502.

¹¹⁵ B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour “Antigoon””, *JT* 2012, (165) 165; B. ALLEMEERSCH, “De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen”, *DAOR* 2007, (333) 334; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002, (41) 41; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules”, in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 435.

¹¹⁶ Art. 15.2 algemeen reglement der verrichtingen Belfius en art. I.35.2 algemene voorwaarden KBC-bank.

¹¹⁷ Art. I.14.7 algemene voorwaarden KBC-bank.

een bewijsclausule in met het gebruik als bewijsmateriaal van dergelijke opnames, zodat een discussie daaromtrent niet meer mogelijk is.

TITEL IV. IMPACT OP DE ROL VAN DE RECHTER

Afdeling 1. De toezichthoudende functie van de rechter

35. Principe – De voorgaande titel toonde aan hoe partijen door middel van bewijsovereenkomsten en -clausules het bewijsproces in grote mate kunnen sturen en zelfs de evaluatie door de rechter grondig kunnen beïnvloeden. Ze kunnen afspreken wie het bewijs moet leveren, welke bewijsmiddelen daarvoor kunnen of mogen worden gehanteerd, welke bewijswaarde aan specifieke bewijsmiddelen moet worden toegekend en of ze twijfels omtrent de geoorloofdheid van bepaalde bewijselementen willen uitsluiten. Toch zijn de mogelijkheden van de wilsautonomie van partijen niet onbeperkt en zal de rechter een controle uitoefenen op de rechtmatigheid van die bewijsafspraken. De controle op de toelaatbaarheid van het bewijselement *an sich* verschuift dus in zekere zin naar een controle op de verenigbaarheid van de bewijsafpraak met wettelijke regels en fundamentele beginselen.

In de eerste plaats kan de rechter nagaan of de bewijsovereenkomsten wel conform zijn met de materieelrechtelijke regels van dwingend recht of openbare orde (§1). Daarnaast kan de rechter ook op basis van de algemene beginselen van het procesrecht beperkingen opleggen aan overeenkomsten die afgesloten worden tussen procespartijen (§2). Ten slotte moet de uitoefening van bewijsovereenkomsten, net zoals elk contractueel recht, onderworpen worden aan de controle op rechtsmisbruik (§3).

§1. Inbreuk op materieelrechtelijke regels van dwingend recht of openbare orde

36. Focus op drie categorieën – De wilsautonomie en de contractsvrijheid van de partijen wordt in de eerste plaats beperkt in het materiële recht, meer bepaald in een aantal regels van dwingend recht en openbare orde. In deze bijdrage focussen we op drie categorieën van regels die het meest courant en omstreden zijn, namelijk de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek, de Wet 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming (hierna: WMPC) en de Wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (hierna: LVO-wet). Daarnaast bestaan er nog talrijke andere wettelijke bepalingen die (meestal expliciet) een verbod inhouden om van het bewijsrecht af te wijken, zoals artikel 7, § 4 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, artikel 8, § 2 van de Wet 17 juli 2002 betreffende transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen en art. 61, 3° van de Wet van 10 september 2009 betreffende de betalingsdiensten. Deze bepalingen laten we buiten beschouwing.

A. HET BURGERLIJK WETBOEK

37. Geen expliciet verbod op bewijsovereenkomsten - In het Burgerlijk Wetboek is er nergens een verbod opgenomen om overeenkomsten af te sluiten met betrekking tot het

bewijsrecht. Toch moet er rekening worden gehouden met artikel 6 BW, dat bepaalt dat er door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kan worden gedaan aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen. Daaruit vloeit voort dat partijen geen overeenkomsten kunnen sluiten over de bewijsvoorschriften die van dwingend recht of openbare orde zijn. Zo gaat men er bijvoorbeeld van uit dat wanneer de wetgever een bewijsmiddel dwingend heeft opgelegd, hij er een draagwijdte van openbare orde aan heeft willen hechten en elk strijdig beding verboden is.¹¹⁸

Daarnaast zorgt artikel 6 BW er ook voor dat bepaalde ‘vermomde’ bewijsbedingen, zoals bijvoorbeeld exoneratiebedingen (cf. *supra* 18), getoetst kunnen worden op hun conformiteit met de regels van het Burgerlijk Wetboek. Een voorbeeld daarvan is het beding dat “*de luchtvaartmaatschappij de nodige inspanning moet leveren om de reizigers die een vlucht geboekt hebben een effectieve plaats in het vliegtuig te garanderen*”. Door de herkwalficatie van een resultaats- in een middelenverbintenis, verhoogt de bewijslast van de passagier, aangezien die nu moet aantonen dat de luchtvaartmaatschappij niet alle middelen heeft aangewend om een plaats voor hem te voorzien. Tevens vermomt dergelijke clausule ook een exoneratiebeding, zodat het verbod op de uitholling van een overeenkomst, op grond waarvan men zich niet tegelijkertijd mag verbinden en bevrijden van elke aansprakelijkheid, een oplossing kan bieden.¹¹⁹ Die theorie wordt immers in ruime zin geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie.¹²⁰

38. Vormvoorschriften schuldbekentenissen - Voor eenzijdige schuldbekentenissen mag niet worden afgeweken van artikel 1326 BW. Dat artikel schrijft voor dat een onderhandse belofte geheel eigenhandig door de ondertekenaar moet zijn geschreven of dat de ondertekenaar toch tenminste een ‘goed voor’ of ‘goedgekeurd voor’ moet hebben geschreven, waarbij de som geld of de hoeveelheid zaken voluit in letters is uitgedrukt. Deze bepaling is zowel bedoeld om cijfervervalsingen te bemoeilijken als om misbruiken met blanco handtekeningen op schuldbekentenissen tegen te gaan.¹²¹ Die dubbele ratio legis gaat het openbaar belang aan, zodat een deel van de doctrine van mening is dat artikel 1326 BW van openbare orde is.¹²² In ieder geval is men het erover eens dat de beschermingsregel

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld de vereiste van bewijs van verzekering door geschrift (art. 10, § 1 LVO-Wet) of het verbod van bewijs door bekentenis bij echtscheiding (art. 1255, § 3 Ger.W.) (B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 582; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 388; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 16).

¹¹⁹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 165-166, nr. 235.

¹²⁰ Cass. 23 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 371 en *Pas.* 1988, I, 347; Cass. 27 september 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 88 en *Pas.* 1991, I, 82; Antwerpen 7 maart 1995, *RW* 1995-96, 461; Luik 12 april 1995, *JLMB* 1996 en Gent 20 mei 1999, *TBBR* 2000, 320.

¹²¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 172-173, nr. 234; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 181; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations*, II, *Sources des obligations in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 1714-1716; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 734.

¹²² P. RENSON, "Le cautionnement et la règle du 'bon pour'", *Rev.not.b.* 2005, (191) 204; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 120. Andere auteurs menen dat het slechts van dwingend recht is (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel,

nutteloos zou worden, indien het voor een gewetenloze schuldeiser zou volstaan om in een overeenkomst een afwijkende clause op te nemen die elke verdere betwisting zou uitsluiten.¹²³ Minstens is de bepaling dus van dwingend recht.

39. Tegenbewijs tegen authentieke vermeldingen – Het is de partijen ook niet toegestaan om via een overeenkomst afbreuk te doen aan artikel 1319 BW. Ingevolge dat artikel kunnen de authentieke vermeldingen in een akte enkel door middel van een procedure van valsheid in geschrifte hun bewijswaarde verliezen.¹²⁴ Dat betekent dat de oorsprong van de handtekening en de persoonlijke vaststelling van de openbare ambtenaar op geen enkele andere wijze kunnen worden aangevochten.¹²⁵ Het tegenbewijs tegen de waarachtigheid van de verklaringen die de partijen hebben afgelegd voor de openbare mandataris, is daarentegen wel vatbaar voor conventionele afspraken tussen de partijen.¹²⁶

40. Tegenbewijs tegen onweerlegbare vermoedens - Daarnaast kunnen partijen geen bewijsafspraken maken over de draagwijdte van art. 1352, lid 2 BW, dat bepaalt dat geen tegenbewijs kan worden geleverd tegen wettelijke onweerlegbare vermoedens, behalve met een bekentenis of eed.¹²⁷ Een typisch voorbeeld daarvan is het vermoeden van bevrijding uit artikel 1282 BW. Een clause die bepaalt dat de schuldeiser de niet-nakoming van de schuld met alle middelen van recht mag bewijzen, niettegenstaande de vrijwillige afgifte aan de schuldenaar van de originele onderhandse akte waarin de schuldvordering is opgenomen, is dan ook nietig.¹²⁸

41. Niet ter vrije beschikking van de partijen - Ten slotte merken enkele auteurs nog op dat het gegeven dat de bekentenis geen zaken mag betreffen waarover men niet kan beschikken ook van openbare orde is.¹²⁹ Het zou immers iets te ver gaan om de rechter te verplichten een onherroepbare bekentenis te aanvaarden die mogelijk het voorschrift dat de openbare orde raakt, buiten werking zou stellen.¹³⁰ In het buitenland veralgemeent men dat verbod eigenlijk in het kader van alle bewijsovereenkomsten. Zo bepaalt artikel 153 van het Nederlands wetboek burgerlijke rechtsvordering dat “overeenkomsten waarbij van het

Bruylant, 1967, 811; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2472).

¹²³ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 116.

¹²⁴ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

¹²⁵ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 583; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 247.

¹²⁶ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 117.

¹²⁷ A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

¹²⁸ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 583; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 454, nr. 35.

¹²⁹ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 42 en P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2542.

¹³⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 399.

wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, buiten toepassing blijven, wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan.” De parlementaire geschiedenis vermeldt als voorbeeld artikel 61 van de Nederlandse faillissementswet over het bewijs van aanbrengrst van goederen buiten gemeenschap door de echtgenoot in geval van faillissement.¹³¹ Ook in Frankrijk geldt een volledig verbod om bewijsovereenkomsten te sluiten over rechten waarover de partijen geen vrije beschikking hebben.¹³² In België kunnen we voor zo’n algemener verbod wel steeds teruggrijpen naar artikel 6 BW, dat bepaalt dat geen overeenkomsten kunnen worden gesloten over zaken die van dwingend recht of openbare orde zijn (cf. *supra* nr. 37).

B. DE WET MARKTPRAKTIJEN

42. Onrechtmatige bewijsbedingen – Artikel 74, 21° WMPC bepaalt dat bedingen die “de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze beperken of hem een bewijslast opleggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust” in elk geval onrechtmatig zijn. Het artikel gaat zowel over de bewijsmiddelovereenkomst (a.) als over de bewijslastovereenkomst (b.). De oude Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna: WHPC) was veel minder omvattend met betrekking tot het bewijsrecht. Tot 2010 moesten partijen dan ook vaker hun toevlucht zoeken tot de algemene toetsingsnorm, die bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen (art. 31, § 1 van de toenmalige WHPC of huidig artikel 2,28° van de WMPC).

a. De bewijsmiddelovereenkomst

43. Wijziging van art. 32, 18° WHPC – Art. 32, 18° WHPC bevatte een verbod op bedingen die ertoe strekten de bewijsmiddelen die de consument kon aanwenden, te beperken. Tegenwoordig is onder de WMPC niet iedere beperking van bewijsmiddelen verboden, maar moet er sprake zijn van ‘een ongeoorloofde beperking’. De parlementaire voorbereiding geeft weinig duiding bij die wetswijziging, maar vermeldt enkel dat de tekst werd aangepast om beter aan te sluiten bij die van de Richtlijn 93/13/EG.¹³³ Wel is de WMPC nu in lijn met de Wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen. In de rechtsleer is er dan ook een debat ontstaan omtrent de toevoeging van de vereiste van het ongeoorloofd karakter. De ene strekking meent dat het toevoegen van de woorden ‘op ongeoorloofde wijze’ inhoudelijk geen gevolgen heeft teweeggebracht¹³⁴, terwijl de andere strekking oordeelt dat een beperking van de toelaatbare bewijsmiddelen nu slechts verboden is als daarvoor geen

¹³¹ A.I.M. VAN MIERLOO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK, *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 399.

¹³² V. DEPADT-SEBAG, “Les conventions sur la preuve” in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 22.

¹³³ MvT, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52, 2340/001, 72.

¹³⁴ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 586; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010”, *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 2.

objectieve rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen.¹³⁵ In ieder geval is een meer ingrijpende verandering, die al in 1995 werd voorgesteld door de commissie bevoegd voor de hervorming van het consumentenrecht, nooit opgenomen in de Belgische wetgeving, namelijk om “*de clauses die voor effect hebben dat ze de beschikbare bewijsmiddelen van de onderneming doen toenemen*” ook onrechtmatig te verklaren.¹³⁶

44. Het beperken van bewijsmiddelen - In principe kan een consument ingevolge artikel 25 W.Kh. tegen een handelaar-verkoper het bewijs leveren met alle mogelijke middelen van recht. Indien een clause aan de cliënt een schriftelijk bewijs zou opleggen, kan dat een niet toegelaten beperking van de hem ter beschikking staande bewijsmiddelen uitmaken.¹³⁷ Een andere illustratie van een beperking van bewijsmiddelen biedt het vonnis van de vrederechter van Tongeren van 8 april 2004, waarin de volgende clause aan de kaak werd gesteld: “*de huurder is enkel bevrijd van aansprakelijkheid na de ondertekening van de controlekaart van de verhuurde motorhome door de verhuurder.*”¹³⁸ Het bewijs van de nakoming van de door de consument aangegane verbintenissen kon dus alleen worden geleverd met door de verkoper opgestelde documenten, wat in strijd is met de consumentenbescherming.¹³⁹

Gelijkaardig is het beding dat voorschrijft dat “*het bewijs van de overmakingsopdracht uitsluitend geleverd kan worden aan de hand van de registraties op de journaalrol.*” In dat geval is het niet langer mogelijk om het tegenbewijs te leveren met alle middelen van recht.¹⁴⁰ Bepaalde auteurs hebben wel bedenkingen bij het praktische nut van die mogelijkheid, wanneer het tegenbewijs moet worden geleverd tegen informaticasystemen die op punt zijn gezet door de handelaars-verkopers.¹⁴¹ In ieder geval zijn de clauses die bepalen dat het bewijs ‘*in eerste instantie*’ geleverd wordt aan de hand van gegevens die in het bezit zijn van de onderneming niet in strijd met artikel 74, 21° WMPC.¹⁴²

¹³⁵ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 508; G.L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24.

¹³⁶ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 126.

¹³⁷ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 125 ; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 594 ; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 454; R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 3 ; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 122

¹³⁸ Vred. Tongeren 8 april 2004, *Limb. Rechtsl.* 2004, 187.

¹³⁹ H. VAN GOMPEL, "De onrechtmatige bedingen in de W.H.P.C.: een (eerder onbekende?) uitweg voor de consument", *Limb. Rechtsl.* 2004, (193) 195; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 122.

¹⁴⁰ R. STEENNOT, *Financiële diensten op afstand*, Brussel, Larcier, 2006, 162; M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering" in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, (285) 289.

¹⁴¹ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 137.

¹⁴² R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

45. Het beperken van de bewijswaarde - In het gemeen recht worden voor het bewijs van rechtshandelingen een aantal bewijsmiddelen gedefinieerd, wat meteen impliceert dat de wet daaraan bewijswaarde toekent. Indien een clause aan een in aanmerking komend bewijsmiddel elke bewijswaarde ontzegt, of de bewijswaarde drastisch beperkt, is de rechtsleer het er over eens dat een beroep kan worden gedaan op art. 74, 21° WMPC.¹⁴³ Het ontzeggen van elke bewijswaarde aan een bepaald bewijsmiddel staat immers gelijk aan het uitsluiten ervan, zoals blijkt uit het volgende voorbeeld: *“het ticket dat wordt afgeleverd bij een geldafhaling aan een automatisch loket heeft geen enkele bewijswaarde.”*¹⁴⁴

De vraag is veel complexer wanneer een beding van voorrang ervoor zorgt dat de gelijkwaardigheid tussen twee bewijsmiddelen wordt doorbroken in het nadeel van de consument.¹⁴⁵ Een illustratie daarvan uit de banksector is: *“In geval van een verschil tussen de door de cliënt afgedrukte rekeningafschriften en de door de bank aangemaakte rekeningafschriften (duplicaten), hebben deze laatste, gebaseerd op de rekeninggegevens zoals zij voorkomen in de boeken en op de journaalbanden (loggings) van de bank, de voorrang en vormen zij het formele bewijs van de door de cliënt gedane verrichtingen.”*¹⁴⁶ Eenzelfde voorbeeld uit de energiesector: *“De gegevens van de Netbeheerder hebben in elk geval voorrang.”*¹⁴⁷

De meerderheid van de rechtsleer meent dat bedingen die bepalen aan welk bewijsmiddel de hoogste bewijswaarde moet worden toegekend, niet vallen onder het verbod van artikel 74, 21° WMPC, op voorwaarde dat de consument de mogelijkheid heeft om het tegenbewijs te leveren met alle middelen van recht.¹⁴⁸ Dat artikel moet volgens die strekking op restrictieve wijze worden geïnterpreteerd, aangezien het een afwijking vormt van het beginsel van de wilsautonomie.¹⁴⁹ Dat de consument er in de praktijk in bepaalde gevallen *de facto* bijna onmogelijk zal kunnen in slagen aan de hand van andere bewijsmiddelen het tegenbewijs te leveren, doet daar geen afbreuk aan (cf. *infra* nr. 54).¹⁵⁰ Toch verzet een minderheid van de

¹⁴³ G.-L. BALLON, *De wet marktpraktijken: een eerste commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 162-163; M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening (E-Banking en E-Trading): een transactionele benadering" in K. BROECKX, B. CLAESSENS en D. COUNYE (eds.), *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Antwerpen, Kluwer, 2002, (285) 289.

¹⁴⁴ G.-L. BALLON en K.J. VANDORMAEL, "Creatief met factuurvoorwaarden" in J.-J. ACKAERT en J. VANANROYE (eds.), *Proactief Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1) 24-25; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 455.

¹⁴⁵ Ibid. 455, nr. 36.

¹⁴⁶ Art. I.35.3 algemene voorwaarden KBC-bank.

¹⁴⁷ Art. 5.3 algemene voorwaarden Luminus.

¹⁴⁸ J.P. BUYLE, "La preuve et le coût du paiement", *Rev.dr.ULB* 1993, (149) 184 ; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de Wet Handelspraktijken", *RW* 1991-92, (562) 570 ; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile - Chronique de Jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, (593) 594; R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 3

¹⁴⁹ O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 125.

¹⁵⁰ R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

auteurs zich ook daartegen, omdat een beding van voorrang het tegenbewijs met alle middelen per definitie beperkt.¹⁵¹

b. De bewijslastovereenkomst

46. Niet in artikel 32, 18° WHPC - De beperking van bewijslastovereenkomsten was niet opgenomen in artikel 32, 18° van de WHPC. In 2001 weigerde het Hof van beroep te Gent dan ook over te gaan tot het nietig verklaren van “*een contractuele regeling die de bewijslast van aan de bank gegeven beursorders bij de opdrachtgever legt.*”¹⁵² Vóór 2010 kon een bewijslastovereenkomst dus enkel aangevochten worden op basis van de algemene norm van het kennelijk onevenwicht (cf. *infra* nr. 50).¹⁵³ De invoering van de WMPC bracht daar verandering in, want er werd uitdrukkelijk in artikel 74, 21° WMPC opgenomen dat “*een bewijslast opleggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust*” in elk geval onrechtmatig is.

47. Ongeoorloofde bewijslastovereenkomsten – De toetsingsnorm van artikel 74, 21° WMPC omvat niet alleen bedingen die expliciet de bewijslast regelen, maar ook degene die er onrechtstreeks een invloed op hebben (cf. *supra* nrs. 17 en 18). Een voorbeeld van een ongeoorloofde clause die rechtstreeks de bewijslast regelt, is wanneer men de consument verplicht het bewijs te leveren van het feit dat de verkoper niet aan zijn leveringsverplichting heeft voldaan, want volgens de normale regels rust die bewijslast niet op de consument.¹⁵⁴ Een beding dat bepaalt dat de consument het bewijs dient te leveren van de betaling is daarentegen wel toegelaten, aangezien ook bij toepassing van het gemeen recht de consument die bewijslast draagt.¹⁵⁵

Wat betreft de bedingen die onrechtstreeks de bewijslast regelen (zoals de bewijslast-omkerende vermoedens of de herkwalficatie van een middelen- in een resultaatsverbintenis) waarschuwde een auteur er in 2007 voor dat dergelijke bewijsclausules niet steeds als dusdanig worden herkend en hij riep dan ook op om met een meer kritische blik te kijken naar de in de praktijk gebruikte clausules.¹⁵⁶ Dat is in ieder geval gebeurd in een vonnis van de vrederechter te Zomergem van 14 maart 2008, waarin de rechter een oordeel moest vellen over een beding in de huurovereenkomst van een mobilhome die bepaalde dat “*De huurder*

¹⁵¹ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 455-456.

¹⁵² Gent (7^e k.) 13 december 2001, *Bank. Fin. R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE.

¹⁵³ G.-L. BALLON, "Bewijsclausules" in G.-L. BALLON, H.D. DECKER, V. SAGAERT, *et al.* (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (493) 509; O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve", *Droit de la preuve*, Luik, CUP, 1997, (107) 128.

¹⁵⁴ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 585-586.

¹⁵⁵ R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4.

¹⁵⁶ S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 458.

*erkent formeel aansprakelijk te zijn voor alle schade aan de mobilhome die hierboven niet werd aangegeven en vastgesteld bij inlevering van het voertuig.*¹⁵⁷

De vrederechter overwoog dat krachtens art. 1732 BW de huurder aansprakelijk is voor de beschadigingen of verliezen die gedurende zijn huurtijd zijn ontstaan, tenzij hij bewijst dat die buiten zijn schuld hebben plaatsgehad. Toch is het onder het gemene recht in de eerste plaats aan de verhuurder om het bestaan van huurschade te bewijzen. Door het beding hoopte de verhuurder zich dus hiervan te bevrijden, wat de rechter in strijd vond met de open toetsingsnorm van het kennelijk onevenwicht van het toenmalige artikel 31 WHPC.¹⁵⁸ Tegenwoordig zou de rechter gewoon artikel 74, 21° WMPC kunnen invoeren.

48. Overeenkomsten op afstand – Artikel 56, lid 2 WMPC past het verbod van artikel 74, 21° WMPC nog eens uitdrukkelijk toe op overeenkomsten gesloten op afstand. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het aan de onderneming toekomt om het bewijs te leveren dat ze heeft voldaan aan de verplichtingen inzake de informatie aan de consument, de naleving van de termijnen, de toestemming van de consument met het sluiten van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de uitvoering ervan gedurende de herroepingstermijn. De bedingen en voorwaarden, of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken de bewijslast voor de naleving van alle of een deel van die verplichtingen op de consument te leggen, zijn verboden en nietig.

C. DE WET LANDVERZEKERINGSOVEREENKOMST

49. De bewijslast bij gronden van uitsluiting of verval - De bewijsafspraken in verzekeringscontracten gaan vaak over een uitdrukkelijke regeling van de bewijslastverdeling in geval van discussie over de toepasselijkheid van één van de gronden van uitsluiting of verval. Eén van de meest voorkomende toepassingsgevallen gaat over een automobilist die een ongeval veroorzaakt en van zijn verzekeraar vergoeding vordert voor de materiële schade aan zijn voertuig, maar bij wie er een te hoog alcoholgehalte in zijn bloed wordt gevonden. De algemene voorwaarden van de omniumverzekeringen voor voertuigen bevatten bijna altijd het beding dat er geen tussenkomst is van de verzekering wanneer het schadegeval zich voordoet terwijl de verzekerde zich bevindt in staat van dronkenschap *“tenzij wordt aangetoond dat er geen verband bestaat tussen het schadegeval en de staat van de verzekerde.”*¹⁵⁹ De vraag rijst dan ook of de rechter zo’n overeenkomst mag toepassen of dat er sprake is van een inbreuk op een regel van dwingend recht of openbare orde.

Twee recente arresten van het Hof van Cassatie, respectievelijk van 12 oktober 2007 en 13 september 2010, handelen specifiek over verzekeringscontracten waarin zo’n clause werd opgenomen over het bewijs van de afwezigheid van oorzakelijk verband tussen de staat van dronkenschap van de bestuurder en het ongeval. In die twee arresten bouwt het Hof van

¹⁵⁷ Vred. Zomergem 14 maart 2008, RW 2009-10, 939.

¹⁵⁸ Ibid. 939.

¹⁵⁹ Zoals in art. 3.4, e) van de algemene voorwaarden van de Ethias autoverzekering en in art. 6, e) van de Belfius Car aansprakelijkheidsverzekering.

Cassatie verder op de jurisprudentie ingezet door de arresten van 7 juni 2001 en 18 januari 2002 en betreft het de artikelen 8, lid 2 en 11 van de LVO-wet samen in zijn beoordeling.¹⁶⁰

50. De bewijslastclausule als onrechtmatig beding (I) - In 2007 moest het Hof van Cassatie uitspraak doen over een zaak waarin de feitenrechter op basis van het toenmalige artikel 31 WHPC had geoordeeld dat een dergelijke bewijslastclausule een kennelijk onevenwicht creëerde tussen de rechten en verplichtingen van de partijen. De rechter had het beding nietig verklaard op basis van de overweging dat de verzekerde anders een negatief bewijs ten aanzien van het oorzakelijk verband tussen de intoxicatie en het ongeval moest leveren, daar waar een positief bewijs veel gemakkelijker kon worden geleverd. Het Hof van Cassatie verbrak dat arrest niet en oordeelde dat de feitenrechter op basis van de door hem gedane vaststellingen wettig kon besluiten tot een manifest onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen.¹⁶¹

Dat arrest van 12 oktober 2007 werd nadien sterk bekritiseerd om een aantal inhoudelijke redenen. Een eerste argument was dat het bewijslastbeding wel degelijk overeenstemde met de theorie van de bewijsgeschiktheid¹⁶² en dus helemaal niet kennelijk onevenredig was. De verzekerde die het voertuig bestuurt op het moment van het ongeval is immers het best geplaatst om te weten en om aan te tonen dat het ongeval veroorzaakt is door een vreemde oorzaak, anders dan zijn alcoholintoxicatie.¹⁶³ Bovendien kan die verzekerde ook achteraf nog bewijzen dat het ongeval niet in oorzakelijk verband stond met de alcoholintoxicatie door bijvoorbeeld ziekenhuisrapporten of bloedanalyseresultaten voor te leggen.¹⁶⁴ Een tweede argument was dat het arrest zelf vermeldde dat *“het algemeen bekend is dat zelfs wanneer een bestuurder door het gebruik van alcohol niet de controle over zijn handelingen verliest, het wel zijn reactiesnelheid doet vertragen”* en dat er daarom *“een heel sterk vermoeden bestaat dat de alcoholintoxicatie een rol gespeeld heeft in het ontstaan van het schadegeval”*.¹⁶⁵ Bijgevolg stelde men zich de vraag of het dan zo onredelijk is om dat feit van algemene bekendheid als een conventioneel vermoeden te verankeren in een bewijslastbeding.¹⁶⁶

¹⁶⁰ J. HAELTERMAN, “Uitsluiting of verval van dekking en bewijslast” in G. JOCQUÉ en B. WEYTS (eds.), *Wet en duiding Economisch recht III: verzekeringen*, Brussel, Larcier, 2013, (27) 28.

¹⁶¹ Cass. 12 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1785, *DCCR* 2008, 61, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUÉ, *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK, *TBH* 2008, 767, *VAV* 2008, 98.

¹⁶² Over de theorie van bewijsgeschiktheid, J. LAENENS, “Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken” in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 294; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 127; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 183-184.

¹⁶³ J. KIRKPATRICK, “La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l’assuré conventionnellement exclue de l’assurance et le sinistre”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554.

¹⁶⁴ Argument van het Hof van beroep te Bergen dat in 2012 in een gelijkaardige zaak oordeelt dat er geen sprake was van een onrechtmatig beding (zie Bergen 1 juni 2012, *RGAR* 2012, nr. 14929, noot V. CALLEWAERT).

¹⁶⁵ Cass. 12 oktober 2007, *Pas.* 2007, 1785, *DCCR* 2008, 61, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUÉ, *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK, *TBH* 2008, 767, *VAV* 2008, 9.

¹⁶⁶ J. KIRKPATRICK, “La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l’assuré conventionnellement exclue de l’assurance et le sinistre”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554.

Toch moet de draagwijdte van het arrest genuanceerd worden. De conclusie mag geenszins zijn dat iedere bewijslastclausule van dezelfde aard vanaf nu bij wijze van algemene regel nietig zou zijn.¹⁶⁷ Het Hof van Cassatie kon in deze zaak slechts een marginale controle uitoefenen en kon enkel nagaan of de rechter de wettelijke notie van ‘kennelijk onevenwicht’ had geschonden.¹⁶⁸ Bovendien had het Hof van beroep van Bergen in datzelfde jaar geoordeeld dat een gelijkaardige bewijslastovereenkomst geen onrechtmatig beding uitmaakt¹⁶⁹ en bevestigde het die beslissing nog eens in 2012.¹⁷⁰ Anderzijds is er ook recentere rechtspraak te vinden die het arrest van het Hof van Cassatie van 12 oktober 2007 wel volgt.¹⁷¹

51. De bewijslastclausule als strijdig met art. 8, lid 2 en 11 van de LVO-wet (II) - In 2010 besliste het Hof van Cassatie dat het beding in het verzekeringscontract naar luid waarvan de verzekeraar het schadegeval niet verzekert wanneer de bestuurder zich in staat van alcoholintoxicatie bevindt *“toch zolang dat de verzekerde niet aantoonde dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen die zware fout en het schadegeval”* geen enkel effect mag ressorteren.¹⁷² In deze zaak steunde het Hof evenwel niet meer op de onrechtmatige bedingenleer, maar oordeelde het dat het onverenigbaar is met de artikelen 8 en 11 van de LVO-Wet, die van dwingend recht zijn in het voordeel van de verzekerde, om de bewijslast van de afwezigheid van oorzakelijk verband op de verzekerde te leggen.

Die beslissing van 13 september 2010 is eveneens onderhavig geweest aan kritiek. De advocaat-generaal (die niet gevolgd is in het arrest) had in zijn conclusie aangegeven dat de LVO-wet ingevolge art. 3 weliswaar van dwingend recht is, maar dat deze wet geen invloed heeft op de bewijslastverdeling met betrekking tot het causaal verband. De wet legt dus geen algemene beperking op aan partijen om conventioneel overeen te komen over een specifiek regime met betrekking tot die bewijslastverdeling.¹⁷³

Daarin wordt de advocaat-generaal bijgetreden door de rechtsleer, die steunt op de Franse theorie van *‘la preuve des faits générateurs du droit’*, die de ambitie heeft om de rechter met betrekking tot de bewijslastverdeling te voorzien van precieze criteria. Op basis van die theorie komt het aan de eiser toe om de feiten te bewijzen die aanleiding kunnen geven tot

¹⁶⁷ Concl. J.-M. GENICOT, bij Cass. 13 september 2010, nr. C.08.0314.F, 1. In dat verband merkt CALLEWAERT terecht op dat het gevaar in deze materie schuilt in het feit dat de moeilijkheid om een bepaald bewijs te leveren doet besluiten tot het onrechtmatig karakter van de contractuele afspraak, maar dat een moeilijkheid echter geen onmogelijkheid is (V. CALLEWAERT, “La charge de la preuve des exclusions et son aménagement conventionnel: quelle sécurité juridique?”, (noot onder Bergen 1 juni 2012), *RGAR* 2012, (nr. 14929).

¹⁶⁸ J. KIRKPATRICK, “La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l’assuré conventionnellement exclue de l’assurance et le sinistre”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 554, nr. 16.

¹⁶⁹ Bergen 18 april 2006, *JLMB* 2007, 429.

¹⁷⁰ Bergen 1 juni 2012, *RGAR* 2012, nr. 14929, noot V. CALLEWAERT.

¹⁷¹ Pol. Brugge 21 januari 2010, *RW* 2012-2013, 552.

¹⁷² Cass. 13 september 2010, *Pas.* 2010, 2241, *JT* 2010, 737, noot J. KIRKPATRICK, *JLMB* 2011, 2070 en *RGAR* 2011, nr. 14708.

¹⁷³ Concl. J.-M. GENICOT, bij Cass. 13 september 2010, nr. C.08.0314.F, 1.

zijn recht, behalve in het geval dat hij daarvan is vrijgesteld door een wettelijke bepaling.¹⁷⁴ Uit artikel 8, lid 2 en 11 van de LVO-Wet zou zo'n impliciete vrijstelling kunnen worden afgeleid, aangezien die bepalingen voorzien in het omgekeerde van wat de eiser hoopt te bereiken, namelijk een vergoeding voor het schadegeval.¹⁷⁵ Binnen het kader van de LVO-wet is de regeling inzake de grove schuld van de verzekerde van dwingend recht. De bewijslastverdeling die daar op basis van de theorie van '*la preuve des faits générateurs du droit*' uit voortvloeit is dat niet, zodat een conventionele afwijking betreffende het bewijs van het oorzakelijk verband mogelijk moet zijn.¹⁷⁶ Een bijkomend argument voor deze stelling is dat de bewijsregeling in andere bepalingen van de LVO-wet wel op uitdrukkelijke wijze is vastgelegd (bijvoorbeeld in art. 101 over het bewijs van zelfmoord), terwijl dat bij art. 8, lid 2 en 11 LVO-wet niet het geval is.¹⁷⁷

Hoewel het cassatiearrest van 13 september 2010 al navolging heeft gekregen in de lagere rechtspraak,¹⁷⁸ blijven bewijslastclausules over het oorzakelijk verband bij alcoholintoxicatie dus controversieel. Een auteur schreef in 2007 dat verzekeraars er niet voor moeten terugschrikken een gelijkaardige clause op te nemen, maar dat ze misschien nog moeten stipuleren dat "*het aan de verzekeraar toekomt om het bewijs van alcoholintoxicatie te leveren, maar eenmaal dit bewijs geleverd, het aan de verzekerde toekomt om aan te tonen dat er geen causaal verband is tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval.*"¹⁷⁹ De vraag rijst of die visie nog vol te houden is. De hierboven beschreven arresten zijn beide uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de WMPC, toen de dwingende regel van artikel 74, 21° WMPC over de verdeling van de bewijslast nog niet bestond.¹⁸⁰ Aangezien de theorie '*la preuve des faits générateurs du droit*' tot de vaststelling leidt dat de bewijslast van het oorzakelijk verband op de verzekeraar rust, strekt een dergelijke clause er immers toe dat de verzekerde een last moet dragen die normaliter aan de andere partij in de overeenkomst toekomt, wat

¹⁷⁴ J. KIRKPATRICK, "Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge" in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (105) 107-108 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1948, 121-131 ; D. MOUGENOT, "La preuve: évolution et révolution" in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, Die Keure, 2004, (121) 125 ; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 125.

¹⁷⁵ J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre (suite)", (noot onder Cass. 13 september 2010), *JT* 2010, (738) 739.

¹⁷⁶ J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre (suite)", (noot onder Cass. 13 september 2010), *JT* 2010, (738) 740.

¹⁷⁷ R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 388.

¹⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Brussel 14 december 2010, *RGAR* 2011, nr. 14738 ("Aangezien art. 8, lid 2 LVO-wet van dwingend recht is, kan de contractuele bepaling die de bewijslast van afwezigheid van oorzakelijk verband tussen zijn grove schuld en het schadegeval ten laste van de verzekerde legt, géén enkel gevolg hebben") en Pol. Gent 11 maart 2013, *T.Vred./T.Pol.* 2013, 513/213 ("De verplichting van de verzekeraar om het oorzakelijk verband te bewijzen volgt aldus uit art. 8, al. 2 en 11 van de LVO-wet en de verzekeraar kan zich niet beroepen op een beding in de verzekeringsovereenkomst dat de verzekerde verplicht tot het bewijs van afwezigheid van oorzakelijk verband tussen de grove fout en de schade").

¹⁷⁹ J. KIRKPATRICK, "La loi et la convention en matière de charge de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l'assuré conventionnellement exclue de l'assurance et le sinistre", (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 556.

¹⁸⁰ Cf. *supra* nrs. 46-47.

ingevolge art. 74, 21° WMPC een onrechtmatig beding uitmaakt. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen kwam in zijn advies van november 2013 inzake bedingen omtrent de bewijslast in omniumverzekeringen tot hetzelfde besluit.¹⁸¹

§2. Inbreuk op de algemene beginselen van het procedurerecht

52. Fundamentele principes van het procesrecht - Bedingen mogen niet ingaan tegen fundamentele principes van het burgerlijk procesrecht, zoals het recht op een eerlijk proces, het recht op toegang tot de rechter, de neutraliteit van de rechter of het principe van het tegensprekelijk debat.¹⁸² Een illustratie daarvan is te vinden in het hoger vermeldde arrest van het Hof van beroep van Brussel van 1 februari 2011 (cf. *supra* 31) over de overname van het gemeenschappelijke onroerend goed door de ex-echtgenoot. Het Hof overwoog daarbij dat een bindend deskundigenonderzoek niet belet dat de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijke procesvoering dienen te worden gerespecteerd, meer bepaald het recht van verdediging en het recht voor de partijen aanwezig te zijn bij expertiseverrichtingen.¹⁸³ Hoewel de rechter bij de bewijswaardering dus volledig gebonden is door de resultaten van het deskundigenonderzoek, behoudt hij toch nog steeds een marginale appreciatiebevoegdheid die toelaat de beslissing van de deskundige te toetsen.¹⁸⁴

A. OORDELEN OP GROND VAN REGELMATIG VOORGEBRACHTE BEWIJZEN

53. Regelmatig voorgebrachte bewijzen - De verplichting van de rechter om enkel te oordelen op grond van regelmatig voor hem gebrachte bewijzen wordt ook beschouwd als een fundamenteel beginsel.¹⁸⁵ Partijen kunnen bijgevolg niet overeenkomen dat de rechter rekening mag houden met gegevens waarvan hij kennis heeft buiten de procedure om en zonder dat deze hem op regelmatige wijze, overeenkomstig de bewijsregels, werden

¹⁸¹ COMMISSIE VOOR ONRECHTMATIGE BEDINGEN, "Advies inzake bedingen omtrent de bewijslast in omniumverzekeringen", 20 november 2013, http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB34_tcm325-238687.pdf (consultatie op 25 februari 2014).

¹⁸² B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 583; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 524, die melding maakt van een arrest van de Raad van State van 27 september 1988, waarin de Raad oordeelt dat een bepaling in de algemene voorwaarden van een elektriciteitsmaatschappij waarbij de ontvangst van facturen en aanmaningen wordt vermoed, in combinatie met zware sancties voor niet betaling van facturen, een schending van het recht van verdediging uitmaakt (RvS 27 september 1988, *DAOR* 1989, (107) 114, *JT* 1989, 716; *RACE* 1988, *T.Gem.* 1989, 201).

¹⁸³ Brussel 1 februari 2011, nr. 2008/AR/2246, *onuitg.*, 5 en Antwerpen 23 februari 2005, *RW* 2007-08, 31.

¹⁸⁴ B. ALLEMEERSCH en S. SOBRIE, "Alternatieve geschillenoplossing: de verzoeningscommissie bouw" in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS, A.-L. VERBEKE, *et al.* (eds.), *Handboek Bouwrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1563) 1579.

¹⁸⁵ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 72, nr. 64; R. STEENNOT, *Financiële diensten op afstand*, Brussel, Larcier, 2006 162 en J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB*, (215) 240; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

voorgelegd.¹⁸⁶ De enige uitzondering daarop is wanneer partijen nog vooraf de mogelijkheid zouden hebben gekregen om die gegevens tegensprekelijk te onderzoeken.¹⁸⁷

In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie daarentegen in 1911 de geldigheid van een clause erkend waarbij de rechter gemachtigd werd om te oordelen naar zijn innerlijke overtuiging.¹⁸⁸ Er werd aan de rechter gevraagd om te oordelen als ‘een goed man’ naar billijkheid, een methode waar arbiters wel mee vertrouwd zijn (art. 1710, §3 Ger.W.).¹⁸⁹ Deze rechtspraak is ons inziens niet transposeerbaar in België.

B. ONMOGELIJKHEID TOT HET LEVEREN VAN HET TEGENBEWIJS

54. Uitsluiting van tegenbewijs - De clause waarbij de mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs contractueel wordt uitgesloten, wordt ook vaak als ongeoorloofd beschouwd.¹⁹⁰ Het recht op toegang tot de rechter, dat wordt beschouwd als een beginsel van openbare orde (art. 6 en 13 EVRM), wordt daardoor in gevaar gebracht, net als het recht op tegenspraak en de rechten van verdediging (dat ook een recht op bewijs omvat).¹⁹¹

Een andere strekking meent dat er in dat geval geen sprake meer is van een bewijsovereenkomst, maar dat het dan gaat om een vaststellingsovereenkomst.¹⁹² Die strekking vindt inspiratie in de Nederlandse benadering, waar artikel 7:900, lid 3 BW bepaalt dat “*een bewijsovereenkomst met een vaststellingsovereenkomst gelijkstaat voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.*” Het belang van het onderscheid ligt hem in het feit dat de vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van een onzekerheid of een geschil ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht.¹⁹³ In Frankrijk daarentegen beroept men zich soms op het adagium “*nul ne peut se constituer de preuve à soi-même*” om tegen te gaan dat volledige bewijswaarde aan een bewijselement wordt toegekend en dat

¹⁸⁶ J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB*, (215) 239; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 452.

¹⁸⁷ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 71.

¹⁸⁸ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 18.

¹⁸⁹ G. DE LEVAL, "Principes généraux d'organisation judiciaire et de procédure" in G. DE LEVAL en B. TILLEMANN (eds.), *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (3) 30; H.L.G. WIETEN, *Bewijs in Studiereeks burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 9.

¹⁹⁰ H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 166-167; G. STEVIGNY, "De bewijslast in het burgerlijk proces", *RW* 1957-58, afl. 3, (129) 139; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

¹⁹¹ B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, "Bewijs versus geheim in het aansprakelijkheidscontentieux", *TBH* 2013, (1057) 1064; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 410; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 70-71.

¹⁹² M.E. STORME, "Kontraktuele Kontrolerechten en bewijsovereenkomsten" in L. CORNELIS en P. VAN OMMESLAEGHE (eds.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, Jeune Barreau en BVBJ, 1993, (57) 62 en in zekere zin M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 69, nr. 59.

¹⁹³ W.D.H. ASSER, *Bewijslastverdeling*, Deventer, Kluwer, 2004, 78; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht 2: Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2005, 26-27.

tegenbewijs wordt uitgesloten. Op die manier wil men verhinderen dat de rechter zijn soevereine appreciatiebevoegdheid niet meer zou kunnen uitoefenen.¹⁹⁴

Misschien moeten we voor België de tussenpositie innemen dat het te kort door de bocht is om te verdedigen dat een overeenkomst die tegenbewijs uitsluit *ipso facto* onrechtmatig is. Ontegensprekelijk brengt zo'n overeenkomst de rechten van verdediging en het recht op bewijs in gevaar, maar dat recht is niet absoluut. Bijgevolg zou de beoordeling of de uitsluiting van tegenbewijs ongeoorloofd is telkens moeten gebeuren in het licht van de concrete omstandigheden. Wanneer een feitelijk samenwonend koppel bijvoorbeeld verbouwingswerken uitvoert aan een onroerend goed dat slechts de eigendom is van één van hen, kunnen ze afspreken dat de uitgaven die ze samen gedaan hebben later bij uitsluiting bewezen kunnen worden door een kostenlijst die ze nauwgezet bijhouden.

55. Onredelijk verzwaren van tegenbewijs - Een andere belangrijke vraag is wat er moet gebeuren wanneer er sprake is van een onredelijke verzwarende van de bewijslast, zonder dat de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs volledig wordt uitgesloten. Een partij zal daardoor vaak haar rechtsvordering *de facto* verliezen. Een deel van de rechtsleer gaat ervan uit dat er in dat geval sprake is van een inbreuk op het *ius agendi*, wat volgens hen raakt aan de openbare orde. Daarnaast zou zo'n bewijfsafpraak de rechten van verdediging ook op onredelijke wijze kunnen beperken.¹⁹⁵ In art 2698 van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek vinden we een gelijkaardige visie: "*Elke overeenkomst die voorziet in een wijziging of omkering van de bewijslast is nietig wanneer het gaat over rechten waarover men niet kan beschikken of wanneer het gevolg van de wijziging of omkering is dat ze het excessief moeilijk maakt voor één van de partijen om zijn of haar rechten uit te oefenen.*"

Terecht menen andere auteurs dat een heel erg moeilijke bewijslast de geldigheid van conventionele afwijkingen niet in gevaar brengt, zolang het bewijs niet volledig onmogelijk wordt gemaakt.¹⁹⁶ Ze vinden daarvoor steun in de rechtspraak van het EHRM, dat recent nog geoordeeld heeft dat het niet strijdig is met het recht op een eerlijk proces om een partij met een moeilijke bewijslast te confronteren.¹⁹⁷

§3. Ongeoorloofde uitvoering van een bewijsovereenkomst

56. Principe – Ten derde betekent de toezichthoudende functie van de rechter ook dat hij controle houdt op de afdwinging van bewijsovereenkomsten. In dat geval gaat het om op zich geoorloofde bewijsclausules die op een ongerechtvaardigde wijze worden ten uitvoer gelegd.

¹⁹⁴ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 24-25.

¹⁹⁵ G.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 15; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 583; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules", in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Intersentia, Antwerpen, 2007, (435) 453, nr. 31.

¹⁹⁶ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, et al., *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 538; R. STEENNOT, "Commentaar bij art. 74,21° wet 6 april 2010", *Artikelsgewijze Commentaar Handels en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, (1) 4; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in L. DEMEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (118) 121.

¹⁹⁷ EHRM 11 januari 2005, *Blücher v. Tsechoslovakije*, par. 62-63.

Net zoals ieder contractueel recht zijn bewijsbedingen onderhavig aan de matigende functie van de goede trouw en vatbaar voor controle op rechtsmisbruik. Bij die controle mag de rechter zich niet in de plaats stellen van de partij wiens gedrag hij beoordeelt, maar moet zich terughoudend opstellen en kan hij slechts marginaal toetsen.¹⁹⁸

57. Invulling uitvoering te goeder trouw en sanctie miskenning - Hoewel de gedachte van uitvoering te goeder trouw niet volledig nieuw is in het contentieux van de bewijsovereenkomsten, is een arrest van het Hof van beroep te Gent van 28 maart 2012 het vermelden waard. Het geeft immers een specifieke invulling aan de uitvoering te goeder trouw en werkt een concrete sanctie uit voor de miskenning ervan. In eerdere arresten beperkte men zich tot de vaststelling dat het gemeen recht volledig de wilsautonomie van partijen erkent in het domein van het bewijsrecht, behoudens wettelijke uitzonderingen en onder voorbehoud van het vereiste van uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst.¹⁹⁹

Een landbouwer-veehandelaar, gespecialiseerd in zuivelproductie en –distributie, sloot een overeenkomst met een ‘opfokker’ voor de verzorging en opvoeding van zijn jonge kalveren. Omwille van een aantal tekortkomingen maakte de landbouwer twee maand later al een einde aan de overeenkomst. Wanneer hij de dieren terug kwam ophalen, stelde hij vast dat vijf kalveren ontbraken. De rechtbank van eerste aanleg oordeelde dat de landbouwer recht had op vergoeding van de waarde van de dieren, aangezien de opfokker niet aantoonde dat hij in de onmogelijkheid tot teruggave verkeerde. In hoger beroep betwiste de opfokker zijn aansprakelijkheid, aangezien de dieren overleden zouden zijn en niet bewezen was dat hun overlijden aan zijn nalatigheid te wijten was. Hij verwees daarvoor naar de bewijslastclausule in art. 3 van de overeenkomst: “*de melkveehouder draagt als eigenaar het risico van sterfte, ziekte en tegenvallers, tenzij hij kan bewijzen dat er sprake is van nalatigheid van de opfokker*”. Het Hof van beroep overwoog dat overeenkomstig de bewijslastclausule de landbouwer *in principe* zou moeten bewijzen dat de dieren gestorven waren door de nalatigheid van de opfokker. Niettemin had de opfokker dat bewijs door zijn handelswijze onmogelijk gemaakt, aangezien hij de landbouwer in het ongewisse had gelaten over de dood van de dieren, zodat die laatste geen vaststellingen meer kon doen over hun exacte doodsoorzaak. Volgens het Hof was het dan ook kennelijk onredelijk en derhalve strijdig met de goede trouw zich te beroepen op de bewijslast van de landbouwer. Indien het bewijs door verzuim onmogelijk wordt gemaakt, draagt de verzuimende partij het bewijsrisico, ongeacht wie in beginsel de bewijslast draagt.²⁰⁰ *In casu* droeg de opfokker dus het risico dat de oorzaak van het overlijden van de dieren niet bewezen wordt.²⁰¹

Hoewel het Hof van beroep de term ‘rechtsmisbruik’ niet letterlijk in zijn arrest vermeld, wordt er wel heel sterk allusie op gemaakt. Naast de verwijzing naar de ‘strijdigheid met de

¹⁹⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 67; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 100-102; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 86-87.

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld Luik 22 februari 2000, *TBH* 2000, 504.

²⁰⁰ Daarbij verwijst het Hof uitdrukkelijk naar M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 523, nr. 130.

²⁰¹ Gent 28 maart 2012, nr. 2006/AR/211, *onuitg.*, 11-12.

goede trouw' oordeelt het Hof dat het 'kennelijk onredelijk' zou zijn zich te beroepen op de bewijslast van de landbouwer. Dat laatste doet denken aan het generiek criterium van rechtsmisbruik, namelijk zijn rechten uitoefenen op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.²⁰² Ook de sanctie voor rechtsmisbruik lijkt verenigbaar met de oplossing uitgewerkt in het voorliggende arrest. Een geval van rechtsmisbruik wordt immers gesanctioneerd door aan de abusievelijke handeling elk rechtsgevolg te ontnemen, wat *in concreto* zal neerkomen op het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik.²⁰³

58. Redelijkheid en billijkheid in Nederland – In Nederland is de controle op de uitoefening van een bewijsovereenkomst al veel verder ontwikkeld. Zoals hoger vermeld (cf. *supra* 41), bepaalt artikel 153 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat “*overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken, buiten toepassing blijven, [...], zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven.*” Een van die gronden is artikel 6:248, lid 2 NBW, dat bepaalt dat een overeenkomst niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Deze niet-toepasselijkheidsgrond kan in Nederland worden ingeroepen tegen een in beginsel geldige bewijsovereenkomst, ook wanneer de bescherming van het consumentenrecht niet van toepassing is. Een beding dat bijvoorbeeld bepaalt dat “*de boeken van de bank het saldo bij uitsluiting bewijzen*” is in beginsel geldig, maar een behoorlijk gemotiveerd beroep op vervalsing van of een kennelijke misslag in die boeken zorgt ervoor dat een beroep op dat beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waardoor tegenbewijs alsnog zal moeten worden toegelaten of zelfs een rechterlijk vermoeden van onjuistheid van de boeken mogelijk wordt.²⁰⁴

Degene aan wie de bewijsovereenkomst wordt tegengeworpen, moet in rechte aannemelijk maken dat het beroep daarop in de gegeven omstandigheden tot bepaalde onredelijke gevolgen zou leiden. Het wordt aan de rechter overgelaten om te bepalen wanneer en onder welke omstandigheden het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

²⁰² S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 67, nr. 90; S. STIJS en S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht" in S. STIJS, V. SAGAERT, I. SAMOY, *et al.* (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 31, nr. 41, die verwijzen naar Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31, concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.* 1972, 28, noot W.G. en *RCJB* 1976, 300, noot P. VAN OMMESLAGHE; Cass. 19 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 1060 en Cass. 10 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1031, concl. THijs.

²⁰³ P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus dse droit", *TBBR* 2012, (393) 396, nr. 8; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 71, nr. 94; S. STIJS en S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht" in S. STIJS, V. SAGAERT, I. SAMOY, *et al.* (eds.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (1) 33, nr. 44; S. STIJS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: Les sources", *JT* 1996, (689) 707-708; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 102 en P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 140, nr. 116.

²⁰⁴ B.T.M. VAN DER WIEL, "De Bewijsovereenkomst", *WPNR* 2002, (221) 228.

zou zijn zich op een bewijsovereenkomst te beroepen. Zulks zal afhangen van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het concrete geval.²⁰⁵

Afdeling 2. De evaluerende functie van de rechter

59. Principe - In het voorgaande deel kwam duidelijk naar boven dat de combinatie van de partijautonomie en de wilsautonomie niet van die aard is om de toezichthoudende functie van de rechter volledig aan banden te leggen. De bewijsafspraken tussen de partijen zorgen er weliswaar voor dat de rol van de rechter een andere invulling krijgt, maar zijn eigen controlemogelijkheden worden er niet door beperkt. Wat betreft de evaluerende functie van de rechter die hij vervult na de sluiting van de debatten, liggen de kaarten toch enigszins anders. Op basis van de categorisatie uit titel III worden achtereenvolgens de gevolgen voor de bewijswaardering van bewijslastovereenkomsten (§1), van bewijsmiddelovereenkomsten (§2) en van overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde (§3) onderzocht.

§1. De bewijslastovereenkomst

60. Functie van de bewijslast - Om duidelijk te maken wat de invloed is van een bewijslastovereenkomst op de evaluerende rol van de rechter, dient eerst ingegaan te worden op de dubbele betekenis die artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W. toebedeeld krijgen in de procestheorie. In de eerste plaats kan men uit die artikelen ‘een subjectieve bewijslast’ afleiden die aangeeft welke partij de last draagt om het noodzakelijke bewijs van een rechtsfeit of rechtshandeling aan te brengen.²⁰⁶ In plaats duiden die bepalingen volgens de meerderheid van de auteurs ook op het bestaan van een ‘objectieve bewijslast’ of ‘bewijsrisico’. Dat betekent dat art. 1315 BW en 870 Ger.W. aanduiden welke partij het risico draagt om bij gebrek aan bewijs het proces te verliezen of minstens enige verzwakking van zijn rechtspositie te ervaren. Het gaat dus om de vraag wie (op een bepaald punt) in het ongelijk zal worden gesteld indien de rechter oordeelt dat één van de partijen tekortschiet in het aanbrengen van het bewijs dat zij dient te leveren.²⁰⁷ De functie van de bewijslast is dan

²⁰⁵ A.I.M. VAN MIERLOO, C.J.J.G. VAN NISPEN en M.V. POLAK, *Burgerlijke rechtsvordering: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 399.

²⁰⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 353; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 7; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek civiel recht*, Gent, Larcier, 2010, 328; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 537; J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 292-293; J. LAENENS, "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in G. DE LEVAL en B. TILLEMEN (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingsconsulent*, Brugge, Die Keure, 2003, (39) 45; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 124; M.E. STORME, "Goede trouw in geding en bewijs - De goede trouw in het geding ?", *TPR* 1990, (353) 511; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 47.

²⁰⁷ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 36-37; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354; A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van de E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2008, (43) 88; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht, III*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 384; G. DE LEVAL, "Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la*

herleid tot een middel voor de rechter om een beslissing over de zaak te kunnen nemen “als de feiten zich in nevelen hullen”.²⁰⁸

61. De verdeling van de bewijslast (en het bewijsrisico) – Wanneer men artikel 1315 BW en 870 Ger.W. opvat in de betekenis van een ‘objectieve bewijslast’, zijn de gevolgen voor de evaluatie door de rechter legio. Een partij die door middel van een overeenkomst ingestemd heeft om de bewijslast rechtstreeks of onrechtstreeks te dragen, zal dan ook de gevolgen moeten ondergaan wanneer de rechter meent dat een bepaald feit niet bewezen is.²⁰⁹

Een minderheidsstrekking verzet zich tegen die ontwikkeling en interpreteert de bepalingen over de bewijslastverdeling enkel en alleen als staande voor een ‘subjectieve bewijslast’. Ze baseren hun stelling op een strikt legalistische benadering, die voortvloeit uit hun interpretatie van de arresten van het Hof van Cassatie over de bewijslastregels.²¹⁰ Ze beklagen zich over de stiefmoederlijke behandeling van de bewijslast door het herleiden ervan tot het loutere bewijsrisico.²¹¹ In die hypothese heeft een bewijslastovereenkomst voornamelijk uitwerking tussen de partijen, door te bepalen wie als eerste aan zet is in de bewijsvoering. Een bewijslastovereenkomst heeft dan veel minder verregaande effecten²¹² of zoals een Frans auteur schreef: “*c’est donc, non pas changer la nature de cette preuve, mais simplement s’en décharger sur la tête de son adversaire*”.²¹³ Deze stelling delen wij niet, zodat partijen effectief aan de hand van een bewijslastovereenkomst de toekenning van het bewijsrisico kunnen regelen.²¹⁴

vérité judiciaire, Luik, Anthemis, 2011, (26) 34; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 170; O. MICHELIS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act. dr.* 1998, (363) 366; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 162; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2363; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 662; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", in *La preuve, Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1987, (1) 7.

²⁰⁸ B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 37.

²⁰⁹ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

²¹⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 212, nr. 175; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 37; F. MOURLON BEERNAERT, "Charge de la preuve" in X. (ed.), *Pratique des obligations*, Waterloo, Kluwer, 2006, (VI.1.3-1) VI.1.3-2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 127; B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 59.

²¹¹ B. SAMYN, "De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 2)", *P&B* 2010, (50) 51.

²¹² V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 20.

²¹³ M. COCURAL, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve, en droit civil français*, onuitg., Toulouse, 1933, 88, aangehaald door V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

²¹⁴ Zie ook B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van bewijs in rechte" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2010, (35) 36-37 en B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354.

62. De omvang van de bewijslast – Wanneer partijen in een bewijslastovereenkomst onderling overeenstemming hebben bereikt over de mate waarin een bepaald feit moet worden bewezen, sturen ze ook in grote mate het resultaat van de beoordeling van het bewijs door de rechter. In feite vormen dergelijke overeenkomsten het spiegelbeeld van overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde (cf. *supra* nr. 28). Bij die laatste bepalen de partijen de mate van geloofwaardigheid die de rechter aan een bepaald bewijsmiddel moet hechten, terwijl ze bij overeenkomsten omtrent de omvang van de bewijslast bepalen “in welke mate” iets bewezen moet worden en dus eerder de bewijsstandaard vastleggen, maar onafhankelijk van de vraag welke bewijsmiddelen daarvoor kunnen worden aangewend.

§2. De bewijsmiddelovereenkomst

63. Bewijsafspraken in plaats van wettelijke regels - Een overeenkomst met betrekking tot de bewijsmiddelen heeft op het eerste gezicht een minder verregaande invloed op de bewijswaardering door de rechter dan een bewijslastovereenkomst. De rechter zal in plaats van de wettelijke voorschriften (bijvoorbeeld artikel 1341 BW) de bewijsafspraken tussen de partijen betrekken in zijn beoordeling, vooraleer hij een vordering als niet bewezen kan beschouwen of bepaalde bewijselementen ontoelaatbaar kan verklaren.

§3. De overeenkomst met betrekking tot de bewijswaarde

64. Principe - Overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde hebben de grootste invloed op de evaluerende functie van de rechter, omdat ze hem beperken in zijn vrije bewijswaardering. In het Belgische recht hebben slechts een beperkt aantal bewijsmiddelen een wettelijke bewijswaarde (namelijk het schriftelijk bewijs, de wettelijke vermoedens en de bekentenis). Dat betekent dat ze een volledig bewijs opleveren en dat de rechter verplicht is ze te aanvaarden.²¹⁵

Alle andere bewijsmiddelen hebben een zogenaamde ‘vrije bewijswaarde’, die soeverein geapprecieerd wordt door de rechter. Afhankelijk van het geval kan hij geen of meer geloofwaardigheid aan het ene of andere bewijsmiddel hechten.²¹⁶ Het beginsel van de vrije bewijswaarde vindt zijn grondslag in de leer van de innerlijke overtuiging.²¹⁷ Zolang de rechter de bewijskracht van de aangebrachte bewijselementen respecteert, mag hij een feit als

²¹⁵ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 155; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 85; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 51; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 684-685; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 669; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2407-2408; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtigd Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 299-300.

²¹⁶ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 186; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 669-670; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2408.

²¹⁷ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 184-186.

bewezen aannemen vanaf het ogenblik dat hij persoonlijk meent te weten dat het om de waarheid gaat.²¹⁸

65. Zelfde niveau als wettelijke bewijswaarde - Wanneer partijen nu overeenkomen dat bepaalde bewijselementen afdoende zijn, worden die eigenlijk tot hetzelfde niveau verheven als middelen met een wettelijke bewijswaarde. De rechter is dan verplicht om die als voldoende bewijs te aanvaarden, zodat zijn soevereine appreciatiebevoegdheid wordt uitgeschakeld.

Daarom is er in Frankrijk ook heel lang getwijfeld aan de toelaatbaarheid van overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde. In 1989 besliste het Franse Hof van Cassatie echter dat de rechters niet mogen oordelen dat bepaalde naar voor gebrachte bewijzen ontoereikend zijn om hun mening te vormen, wanneer partijen ze via een de overeenkomst wel als voldoende hadden aangemerkt.²¹⁹ Thans wordt de juridische grondslag voor overeenkomsten met betrekking tot de bewijswaarde gevonden in artikel 1134 BW.²²⁰ Op basis van dat artikel dient immers ook de rechter de bindende kracht van een overeenkomst te respecteren en moet hij er de gevolgen aan verbinden die de partijen zelf hebben gewild.²²¹

TITEL V. BESLUIT

66. Wijzigingen aan de rol van de rechter - Over het algemeen neemt men aan dat de taakverdeling tussen de rechter en partijen een dynamisch gegeven is, een evenwichtsoefening tussen verscheidene belangen die naargelang de tijdsgeest en de noden van justitie een variabele invulling krijgt.²²² Daarom was het niet zo verwonderlijk dat de rol van de rechter ook wijzigingen ondergaat wanneer partijen onderling overeenstemming hebben bereikt over bepaalde elementen van de bewijsvoering. Eén van de redenen daarvoor is dat het leerstuk van de bewijsovereenkomsten zich helemaal in het midden bevindt van het kruispunt tussen het materieel recht en het procesrecht zodat soms uiteenlopende fundamentele beginselen een rol spelen (procesautonomie, wilsautonomie, de actieve rechter, ...)

67. De toezichthoudende functie - Ondanks het feit dat de processuele partijautonomie bij bewijsovereenkomsten wordt aangevuld met de privaatrechtelijke wilsautonomie, hebben partijen geen vrij spel om alles overeen te komen wat ze willen. De rechter heeft een belangrijke controleopdracht op de geoorloofdheid van hun overeenkomsten. Wel verschuift de controle op de toelaatbaarheid van het bewijselement *an sich* in zekere zin naar een controle op de verenigbaarheid van de bewijsafspraken met wettelijke regels en fundamentele beginselen.

²¹⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 463.

²¹⁹ Cass. Fr. (1^e k.) 8 november 1989, *Bull.civ.* I, n° 342, 230; *D.* 1990, 369; *JCP* 1990, II, 21576, noot G. VIRASSAMY.

²²⁰ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 19.

²²¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 41; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 72-73.

²²² B. ALLEMEERSCH, "De taakverdeling tussen rechter en partijen in het burgerlijk proces. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen" in P. VAN ORSHOVEN (ed.), *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, Die Keure, 2006, (1) 1.

Waar STORME in 1962 nog schreef dat zeer dikwijls door bewijsovereenkomsten een evenwicht wordt hersteld, dat ten gevolge van de normale toepassing van de wettelijke bewijslastprincipes verbroken zou zijn geweest²²³, worden conventionele afwijkingen van het bewijsrecht tegenwoordig eerder gebruikt door bepaalde partijen om hun natuurlijke procespositie danig te versterken. Aldus vormen ze een mooi voorbeeld van een bewijsrecht dat zijn ondersteunende en dienende functie²²⁴ heeft verloren en verworden is tot wat DE CORTE noemt “*een autonoom procesinstrument*”.²²⁵

68. De evaluerende functie - In deze bijdrage kwam duidelijk naar boven dat bewijsafspraken hun grootste invloed hebben op de evaluerende functie van de rechter. Na de sluiting van de debatten kunnen bewijsovereenkomsten de manier waarop de rechter over een zaak moet beslissen ernstig beïnvloeden. Een bewijslastovereenkomst bepaalt welke partij hij in het ongelijk moet stellen wanneer bepaalde feiten niet bewezen worden of in welke mate iets bewezen moet worden. Een bewijsmiddelovereenkomst zorgt ervoor dat de rechter eerst de contractuele afspraken tussen de partijen moet nagaan, vooraleer hij over de toelaatbaarheid van een bewijsmiddel oordeelt. Een overeenkomst met betrekking tot de bewijswaarde is nog het meest ingrijpend. Deze zorgt ervoor dat de rechter zijn vrije appreciatiebevoegdheid verliest en bepaalt zelf de maatstaf waarmee een rechter moet oordelen of een bepaald feit voldoende bewezen is. Daarom is het vooral met betrekking tot de bewijswaardering dat de woorden van DEPADT-SEBAG het verdienen om in herinnering te worden gebracht: « *Dans notre univers contractuel, la liberté a encore de beaux restes ..., les conventions sur la preuve en témoignent* ».²²⁶

²²³ M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 75, nr. 69.

²²⁴ J. LAENENS, "Rechtscultuur en bewijs in civiele zaken" in R. DE CORTE (ed.), *Hulde aan Prof. Dr. Jean Laenens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (289) 290; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtigelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 528, nr. 1166; K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechtelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, (141) 146.

²²⁵ R. DE CORTE, "Voorwoord" van B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 11.

²²⁶ V. DEPADT-SEBAG, "Les conventions sur la preuve" in C. PUIGELIER (ed.), *La preuve*, Paris, Economica, 2003, (13) 18.